

RODRIGO LAYNES MILLA

**PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA: CONTROLE E
RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES TRANSGRESSORES**

**Monografia apresentada à Faculdade de
Direito como requisito parcial à conclusão
do Curso de Bacharelado em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo
Manfredini Hapner**

**CURITIBA
2003**


TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO LAYNES MILLA

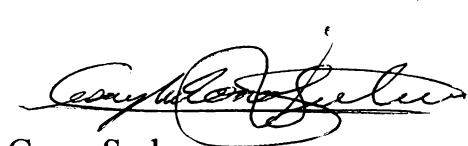
***PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA: CONTROLE E
RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES TRANSGRESSORES***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:


Prof. Carlos Eduardo M. Hapner
Departamento de Direito Privado, UFPR


Profª Márcia Carla Pereira Ribeiro
Departamento de Direito Privado, UFPR


Prof. Cesar Serbena
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 10 novembro de 2003.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	ii
RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	01
2 DIREITOS DO CONSUMIDOR	03
2.1 Conceito de consumidor	03
2.2 Os princípios da defesa do consumidor e seus direitos básicos	05
2.3 Proteção da saúde e da segurança do consumidor	08
3 CONCEITO DE PUBLICIDADE	11
3.1 O que é publicidade	11
3.2 Tipologia e criação da publicidade	14
3.3 Os princípios e vício da publicidade	16
3.4 Publicidade enganosa	18
4 TRATAMENTO JURÍDICO DA PRÁTICA PUBLICITÁRIA	29
4.1 A publicidade como figura juridicamente relevante	29
4.2 A publicidade como proposta contratual	30
4.3 A publicidade como uma oferta pré-contratual	33
4.4 Responsabilidade civil do anunciante	36
4.5 Dano moral	40
4.6 CONAR	43
4.7 Direitos coletivos e interesses difusos	45
4.8 Punição penal e administrativa	48
5 CONCLUSÃO	51
6 REFERÊNCIAS	54
7 ANEXOS	56
ANEXO 01 - Código de Auto-regulamentação publicitária	56
ANEXO 02 - Lei nº 4.680/65	70
ANEXO 03 - Decreto nº 57.690/66	75
ANEXO 04 - Jurisprudência	83
ANEXO 4.1 Erro no anúncio. Responsabilidade do anunciante. Obrigação de cumprir conforme o anunciado	84
ANEXO 4.2 Ministério Público. Legitimidade de Agir. Publicidade enganosa	93

RESUMO

Este trabalho tem por escopo demonstrar as implicações jurídicas da exposição de peças publicitárias eivadas dos vícios apontados pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como de quais modos essas transgressões podem ocorrer. A publicidade é um dos alicerces da atual sociedade de consumo e diferencia-se de propaganda por não ter a finalidade ideológica desta, visando apenas a divulgação de uma marca ou produto e os lucros decorrentes dessa prática. Esse mercado é dotado de princípios próprios que visam resguardar a lealdade e a boa-fé que regem as relações com os consumidores. Entretanto, a concorrência intensa e a cobiça por lucratividade cada vez maior no menor espaço de tempo possível pode levar alguns empresários a transporem a barreira do que é socialmente e legalmente aceitável, gerando distorções que agredem a sociedade e conspiram contra a credibilidade do mercado publicitário. Para coibir práticas como a publicidade abusiva e a publicidade enganosa, o próprio mercado publicitário procurou a auto-regulamentação com a criação do CONAR. Esta organização privada dispõe de um conselho de ética ao qual podem ser submetidas peças publicitárias viciadas. Entretanto, o CONAR é apenas consultivo, não tem poderes para obrigar os particulares. Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor a proteção tornou-se completa e dotada de real coerção. A utilização da publicidade passou a criar responsabilidades ao empresário que se utiliza dessa prática para a obtenção de ganhos. Em virtude disso, criou-se um novo tipo de risco na atividade do fornecedor que utiliza-se dessas técnicas de estímulo ao consumo: a publicidade juridicamente relevante. A publicidade passa a ser não apenas mais uma prática mercadológica, mas uma fonte de vínculos obrigacionais contratuais do consumidor com o fornecedor. Os que sentirem-se lesados por alguma forma de publicidade podem perseguir seus direitos tanto pela via coletiva – como a ação civil pública – como individualmente. A proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor abrange tanto o dano material quanto o dano moral. A enganosidade e a abusividade independem da vontade do anunciante. O que irá ser avaliado é como a mensagem foi entendida pelos consumidores e as consequências desse entendimento.

INTRODUÇÃO

A publicidade nunca teve tanta importância social quanto na atual fase de desenvolvimento do capitalismo. É uma fase onde uma empresa não trata apenas de suprir uma necessidade do mercado, mas de criar necessidades para o mercado, ainda que ele esteja funcionando muito bem e de forma eficiente sem ela. Pressiona-se o consumidor a adquirir produtos, sob pena de não ser tão competitivo comercialmente quanto o seu concorrente que faz uso de tal coisa. Em uma era onde a informação e o desenvolvimento tecnológico evoluem e se propagam a uma velocidade nunca vista antes, nas empresas de alta tecnologia o departamento de *marketing* chega até mesmo a ser considerado mais importante que o departamento de desenvolvimento e engenharia de novos produtos.

As empresas voltam seus esforços não para produzir um produto necessariamente melhor, mas para convencer os consumidores de que eles não podem mais viver com aquela versão obsoleta de algo que eles mesmos haviam vendido alguns meses antes como sendo a solução definitiva para os problemas do consumidor. Na sociedade moderna não só se criam soluções para a suprir velhas demandas de consumo, mas se criam novos produtos e cabe ao fabricante criar também a demanda por tais produtos.

Atualmente, a produção do produto propriamente dito não tem a mesma importância que na época da revolução industrial. Agora, com o advento da nova economia, o que realmente tem valor para a empresa é a sua marca. Essa marca é que irá inspirar confiança no consumidor para que ele adquira seus produtos. Ao consumidor pouco interessa se quem irá manufaturar o bem é um malaio ou um vietnamita, mas o que realmente o atrai é a fidúcia transmitida pela marca, como uma espécie de garantia de qualidade e procedência. Assim, por meio da publicidade é que a empresa irá zelar para que sua marca continue representando aos consumidores algo confiável e respeitável.

A publicidade é uma das principais ferramentas dos departamentos de *marketing* para a exposição desses novos bens de consumo e serviços. Mas, em que pese a sua utilidade pública, a publicidade também produz alguns efeitos perversos,

especialmente sobre legítimos interesses da população. Além de promover produtos nocivos, como o cigarro e o álcool, muitas vezes esta publicidade está direcionada a quem não pode (ou, em tese, não deveria) consumi-los mas, um dia, poderá. Ou ainda, promove certos bens como sinônimos de ascensão social, poder e sedução, mesmo frete a pessoas cujo o poder aquisitivo jamais lhes permitirá que os adquira, fomentando desejos de ascender socialmente a qualquer custo.

Nessa guerra de comunicação a marca precede o produto, as qualidades que são apregoadas diante dos consumidores formam a imagem pública da empresa e de seus produtos. Essa imagem da marca prevalece sobre as qualidades inerentes ao produto em si. Assim, uma empresa que produz um produto melhor, mas mercadologicamente menos elaborado, não irá prevalecer a menos que entre no jogo da persuasão irracional do *marketing*.

Mas a publicidade não trata apenas de emoções. Ela também utiliza-se de predicados mais concretos na promoção de produtos e serviços. Quando passamos a tratar desses adjetivos – preço, qualidade, garantia, condições de pagamento e etc. – é que a atuação jurídica não irá mais restringir-se ao campo da não abusividade, passando ao campo da não enganosidade e do efeito pré-contratual da publicidade.

Capítulo I

DIREITOS DO CONSUMIDOR

Conceitos de consumidor e fornecedor

Compreender o alcance da expressão “consumidor” é essencial para que seja determinado quão abrangente é a proteção estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. O conceito de consumidor adotado pelo Código tem caráter exclusivamente econômico, considerando como tal, em seu art. 2º, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”, sendo assim aquele que consome com vista a suprir uma necessidade própria de consumo e não para o desenvolvimento de alguma outra atividade negocial.

Segundo José Geraldo Brito FILOMENO, entende-se por consumidor “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço”¹.

O consumidor não pode ser encarado apenas isoladamente, como indivíduo, mas também coletivamente, com especial importância na análise dos efeitos da publicidade viciada por enganosidade e abusividade, como também a sujeição ao consumo de produtos perigosos e nocivos à saúde e segurança.

A atividade de consumo é uma relação jurídica por excelência onde há um fornecedor e um consumidor. Entretanto, o consumidor é sabidamente o pólo mais frágil face ao outro personagem da relação de consumo. Henry FORD, magnata da produção em massa e pai da produção em série, já afirmava que “o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais

¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998, p. 26.

fraco”². O Código de Defesa do Consumidor encontra nisto a sua finalidade capital: estabelecer o necessário equilíbrio de forças entre consumidores e fornecedores.

O traço mais marcante do conceito de consumidor está na perspectiva de se considerá-lo como hipossuficiente ou vulnerável. Aliás, não foi por acaso que o movimento consumerista – movimento social que defendia a adoção de práticas protetivas dos consumidores – surgiu na mesma época que o movimento sindical (na metade do século XIX), que reivindicava melhores condições de trabalho e melhorias na qualidade de vida dos trabalhadores.

Esse desequilíbrio de forças deve-se, principalmente, aos seguintes fatores: o consumidor não dispõe de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arriscando-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores desses bens; o consumidor não dispõe de conhecimentos técnicos que o habilitem a avaliar com precisão a segurança e a eficiência dos produtos que lhe são oferecidos; o consumidor não dispõe do mesmo aparato jurídico e financeiro para defender-se de abusos por parte dos consumidores.

As pessoas jurídicas, segundo FILOMENO, apesar de não sofrerem da mesma vulnerabilidade que o consumidor comum sofre, são consideradas igualmente como consumidores na medida que adquirem produtos como destinatárias finais, não utilizando-se destes produtos como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa. Entretanto, tal ressalva não vale para empresas sem fins lucrativos, que devem ser equiparadas aos consumidores hipossuficientes³.

Partindo-se da aquisição de bens para consumo e desse desequilíbrio de forças que caracterizam a relação de consumo, percebe-se o Código de Defesa do Consumidor não altera o que já estava disposto pelo Código Comercial e pelo Código Civil no que diz respeito a relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico.

² FILOMENO. op. cit. p. 45.

³ Ibid, p. 27.

Para denominar o outro protagonista dessa relação jurídica, o Código de Defesa do Consumidor utiliza-se da denominação “fornecedor”, independentemente da área econômica que este agente atue.

O fornecedor, segundo FILOMENO, “pode ser qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual ofereça no mercado produtos ou serviços, e a *jurídica*, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual”⁴ (itálicos no original). O fornecedor pode ser público ou privado, sendo no primeiro caso o próprio poder público, por suas empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos. O fornecedor também poderá ser nacional ou estrangeiro, arcando o exportador com eventuais responsabilidades e restando-lhe o direito de regresso contra o fornecedor exportador. Entes despersonalizados, que não são dotados de personalidade jurídica no âmbito civil ou mercantil, mas que exercem atividades produtivas de bens e serviços, como a Itaipu Binacional (consórcio entre os governos brasileiro e paraguaio) também são considerados fornecedores pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os direitos básicos do consumidor

A sociedade moderna definiu uma nova concepção de relações contratuais, dando assim mais importância à igualdade material do que a simples igualdade formal entre os contratantes. Para a manutenção da ordem pública econômica, o legislador procura sempre proteger a parte mais vulnerável dos arbítrios da parte mais poderosa da relação jurídica.

O Estado, após ter-se manifestado com grande intensidade nas relações entre empregadores e assalariados, passou-se a concentrar grande parte das limitações à liberdade contratual nas relações de consumo. Apesar de subsistir a liberdade contratual, o Código de Defesa do Consumidor tenta de todas as maneiras impedir que tomem forma as chamadas cláusulas abusivas.

A Organização da Nações Unidas, promulgou na Resolução nº 39/248 de 10/04/1985, os direitos fundamentais dos consumidores, diretos esses universais e

indisponíveis, em consonância com sua doutrina de proteção dos direitos humanos. A Resolução determina que “os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor”. Consta ainda que “cada governo deve determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população, verificando os custos e benefícios das medidas propostas”.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro enumera, em seu artigo 6º os direitos fundamentais do consumidor. o inciso primeiro garante “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. É em decorrência desse direito que o próprio Código irá elencar mais adiante as normas que exigem a devida informação ao consumidor sobre os riscos que produtos e serviços possam apresentar. Essa informação pode ser apresentada no próprio produto como também em peças publicitárias, como já ocorre com cigarros (“fumar é prejudicial à saúde”), bebidas (“aprecie .com moderação”), entre outros.

O segundo inciso elenca como direito do consumidor “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”. Ainda nesse sentido, segue-se o terceiro inciso: “A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”. Essa educação a qual refere-se o segundo inciso pode ser analisada sob dois aspectos: o formal, que abrange desde o ensino fundamental e o ensino médio, até a universidade; a educação informal, que seria feita pelo próprio anunciante e por órgãos públicos e entidades encarregadas da defesa do consumidor, informado o público acerca das características dos produtos e serviços já colocados no mercado e os que futuramente serão disponibilizados.

A publicidade enganosa e abusiva encontram sua primeira referência no Código de Defesa do Consumidor no inciso IV do artigo 6º: são direitos do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de

⁴ FILOMENO. loc. cit p. 36.

produtos e serviços.” Por constituírem o cerne deste trabalho, as formas de publicidade enganosa⁵ e abusiva⁶ serão tratadas em capítulos próprios, mais adiante. Em razão de sua relevância, até mesmo o Código reserva-lhes um capítulo próprio – Seção II do Capítulo V (Das Práticas Comerciais).

O inciso V, que cuida de amparar o consumidor frente aos contratos, também é tratado pelo código em capítulo próprio (o nº VI Da Proteção Contratual). Quando dispõe que é direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” fica definitivamente consagrada a cláusula *rebus sic stantibus*, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações excessivamente onerosas.

A defesa do consumidor em juízo, bem como a oportunidade de fazer valer seus interesses de natureza coletiva, são abertas pelos incisos VI e VII. Quando se fala em prevenção, segundo FILOMENO, refere-se certamente “a atitude que próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros”⁷. Nesse ponto merece destaque o procedimento conhecido como *recall*, quando as empresas, por meio de anúncios publicitários e avisos individuais, convocam os clientes para que levem seus produtos de volta a empresa ou a um de seus representantes, para que seja procedida a troca de peças defeituosas ou até mesmo de todo o produto. Assim, no âmbito da reparação, o Código dota o consumidor de instrumentos processuais mais modernos e eficazes, para que se dê a prevenção de danos.

A inversão do ônus da prova, determinada pelo inciso VIII, é uma consequência natural da posição de vulnerabilidade do consumidor, decorrente da falta de controle sobre os meios de produção que se abatem sobre ele. Obviamente, essa inversão não ocorrerá em qualquer caso, mas a cargo do juiz, segundo a verossimilhança das alegações da vítima e da aplicação das regras ordinárias da experiência.

Quanto ao direito a adequada e eficaz prestação de serviços públicos, elencada no inciso X do artigo 6º, ficou consignado que o Poder Público, enquanto produtor de

⁵ Vide *infra* p. 18.

⁶ Vide *infra* p. 24.

bens e prestador de serviços, remunerado não por tributos, mas por tarifas, se sujeitará às normas consumeristas estatuídas, sendo o Código categórico no artigo 22. Assim, companhias de ônibus e metrô, concessionárias de serviços públicos, como de conservação de rodovias, distribuição de água e luz, entre outros, estão sujeitos a disciplina imposta pelo Código de Defesa do Consumidor.

Proteção da saúde e da segurança do consumidor

As disposições legais sobre a proteção da saúde e da segurança do consumidor são sem dúvidas as mais importantes do Código por tratarem do bem mais valioso a ser preservado nas relações de consumo: a vida. A ocorrência de acidentes que possam de algum modo vir a lesar esse bem tão valioso podem ser tratados tanto na esfera civil, quanto na administrativa e na penal.

Dentre os defeitos que podem afetar um produto e gerar infortúnios, temos os defeitos intrínsecos e os defeitos extrínsecos. Vícios intrínsecos são aqueles que afetam a essência dos produtos colocados no mercado. Já os defeitos extrínsecos são todos aqueles derivados da falta ou insuficiência de informações relativas à utilização, conservação e vida útil do produto. Desse modo, ainda que um produto se encontre em boas condições de consumo, o fornecedor deve informar o modo correto de proceder a sua utilização.

O parágrafo único do artigo 8º do Código, atribui ao fornecedor o encargo de prestar informações através de “impressos apropriados que devem acompanhar o produto”. Essas informações devem abranger tanto o modo correto de utilização do bem, como os eventuais riscos do seu uso indevido.

Alguns produtos, diante da natureza de sua utilização e ou de seus componentes, apresentam um grau indissociável de periculosidade. O artigo 9º trata desses tipos de produtos, chamados de “potencialmente nocivos ou perigosos”. Neste caso – ao contrário do artigo 8º que refere-se ao potencial nocivo que qualquer produto pode ter – a periculosidade é inerente a alguns produtos (agrotóxicos, medicamentos, fogos de artifício e etc), sobre os quais é ainda mais importante que sejam prestadas

⁷ FILOMENO. op. cit. p. 117.

corretas informações pelo fornecedor, a fim de se evitar acidentes. Esses produtos geralmente são regidos por normas técnicas mais rigorosas, que determinam desde como deve apresentar-se a embalagem, até como deve ser feita a publicidade de tais bens de consumo. Os mais preocupantes, do ponto de vista da saúde pública, são as bebidas e cigarros, em virtude do seu alto consumo pela sociedade.

Na hipótese de produtos potencialmente perigosos, o Código determina que as informações sobre eles devem ser exteriorizadas de maneira ostensiva e adequada. Segundo Delmo DENARI, “uma informação é *ostensiva* quando se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como alegar ignorância ou desinformação. É *adequada* quando, de uma forma apropriada e completa, presta todos os esclarecimentos necessários ao uso ou consumo de produtos e serviços”⁸ (itálicos no original).

A ONU – Organização das Nações Unidas, recomenda a utilização de símbolos para veicular as informações ao consumidor. Essa retratação pode descrever, de um modo simples, realidades complexas, como o desenho de uma caveira com dois ossos cruzados atrás, na embalagem de um agrotóxico.

O artigo 10º do Código preceitua que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de periculosidade à saúde ou segurança. Depara-se aqui com um problema: quando é que um produto ou serviço apresenta alto grau de periculosidade ou nocividade? Para DENARI, “a palavra *alto* é vaga, mais precisamente, possui um significado vago, situando-se, em termos de linguagem, na *zona de penumbra* das referências semânticas, sede dos signos imprecisos”⁹ (itálicos no original). Quando isso ocorre, ainda segundo DENARI, o aplicador da norma é quem deverá aferir, em cada caso concreto, o grau de periculosidade ou de nocividade do bem ou serviço colocado no mercado de consumo¹⁰.

Em seus parágrafos, o artigo 10º explica de que modo o fornecedor deve proceder caso um defeito em seu produto venha a ser descoberto posteriormente. O

⁸ DENARI, *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998, p. 133.

⁹ Ibid. p. 135.

¹⁰ Id.

fato deverá ser comunicado às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, os chamados *recalls*. Nesses casos, tanto os anúncios publicitários quanto a substituição das peças defeituosas, ocorrerão às expensas do fornecedor. Geralmente a atitude de reconhecer o defeito e chamar os consumidores a repara-lo parte do próprio fabricante, como foi o caso da General Motors do Brasil, em outubro de 2000, quando ocorreu o maior *recall* da indústria brasileira. Mais de 1 milhão e sessenta mil veículos, fabricados entre 1994 e 1999, foram chamados para a substituição da peça de fixação do cinto de segurança do automóvel Corsa¹¹. Segundo a empresa, tal falha – que ocorria em virtude da fadiga do material ao longo dos anos – teria ocasionado a morte de 2 pessoas em acidentes de automóvel. Um *recall* também pode ocorrer por determinação judicial, como ocorreu na maior substituição compulsória de peças do mundo: os pneus Firestone que equipavam os utilitários esportivos Explorer, fabricados pela Ford Motors Inc.. Um juiz da Califórnia, alegando que a montadora estava omitindo a existência de um defeito grave nos pneus, que faz a banda de rodagem soltar-se quando submetida a altas velocidades durante períodos prolongados e que já teria sido a causa de centenas de acidentes fatais, determinou que a empresa fizesse a substituição dos pneus de mais de um milhão e setecentos mil veículos nos Estados Unidos¹². No Brasil, para evitar danos ainda maiores a imagem da empresa, os pneus foram substituídos sem qualquer constrição judicial.

Mas, se for algum outro órgão que descobre um defeito que comprometa a segurança do produto, o §3º do artigo 10 do Código, determina que a União, os Estados e o Distrito Federal, quando tiverem conhecimento da periculosidade de produtos ou serviços, tem o dever de divulgar tais resultados. Essa função fica a cargo de órgão encarregados de avaliar as normas técnicas e auferir a qualidade de produtos e serviços, como o INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia), entre outros.

¹¹ SEIDL, Antonio Carlos. “GM tem de explicar demora do recall”, **Folha de São Paulo**, 19/10/2000, p. 20.

¹² MATTOS, Adriana. “Juiz ordena troca em 1,7 milhão de carros Ford”, **Folha de São Paulo**, 10/10/2000, p. 22.

Capítulo II

CONCEITO DE PUBLICIDADE

O que é publicidade

Bem como ocorre com o *marketing*, a publicidade é um conceito de difícil definição, em decorrência do caráter complexo que suas múltiplas funções e finalidades atuam. Segundo o Comitê de definições da *American Association of Advertising Agencies (AAAA)*, “publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção, tanto de idéias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”¹³. De um modo mais concreto, define Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN como “o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitida através de meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa”¹⁴.

Publicidade é, segundo Carlos Ferreira ALMEIDA, “toda a informação dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade econômica”¹⁵.

Nesse viés, Antonio José SANDMANN diz que são identificados dois elementos essenciais a qualquer publicidade: difusão e informação. O primeiro se enquadra como o elemento material da publicidade, enquanto o segundo é seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, independente da técnica adotada. Sem difusão não haverá publicidade, vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno publicitário¹⁶. Um anúncio que nunca for difundido jamais trará interesse ao Direito, pois o que é

¹³ *Apud* GIACOMINI FILHO, Gino. Gino. **Consumidor versus propaganda**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Summus, 1991p. 8.

¹⁴ BENJAMIN **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998, p. 251.

¹⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 349, out. 1985, p. 133.

¹⁶ SANDMANN, Antonio José. **A linguagem da propaganda**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Contexto, 1993 p. 6.

conservado secreto não é publicidade, bem como aquilo que não traga um conteúdo mínimo também não pode ser caracterizado como tal.

A publicidade é um dos alicerces da sociedade de consumo. Nas palavras de BENJAMIN¹⁷, haveria “uma certa indissolubilidade do binômio sociedade de consumo – publicidade”. O fenômeno publicitário é considerado indissolúvel do conceito de sociedade consumista dado o enorme alcance social que ela tem. Ela é uma espécie de convite, um chamado aos cidadãos para que utilizem suas divisas na aquisição de determinado bem ou serviço.

Nesse sentido, publicidade é uma forma de comunicação social. Nas palavras de BENJAMIN:

“Fora do campo publicitário fica então toda a informação científica, política, didática, lúdica ou humanitária, porque alheia à atividade econômica, mesmo quando seja produzida com a intenção de gerar certa convicção nos seus destinatários: simetricamente, se excluirá a simples informação descritiva ou estatística relativa à atividade econômica que não surja com uma intenção de promoção em favor de determinados agentes econômicos. Não será portanto publicidade (*hoc sensu*) a propaganda (de idéias), porque não se refere aa atividade econômica, nem a publicidade registral, porque lhe falta o propósito retórico”.¹⁸

Mesmo no meio especializado, ainda faz-se muita confusão quanto ao uso dos termos publicidade e propaganda. Ambos são usados indistintamente, como se fossem sinônimos. Entretanto, é de especial interesse do Direito fazermos essa diferenciação. Segundo Gino GIACOMINI FILHO, publicidade é “a forma de comunicação persuasiva e paga, através dos meios de comunicação de massa, com finalidade econômica”¹⁹. A propaganda visa um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Leciona GUERREIRO, que a “propaganda é uma atividade voltada para a difusão de uma idéia (a propaganda política é o mais conhecido exemplo), ao passo que a publicidade é uma atividade voltada para a difusão de uma mercadoria específica”²⁰.

Essa distinção torna-se mais complexa na medida que a publicidade de uma mercadoria é sempre a propaganda de toda a sua classe, afirmando, ideologicamente,

¹⁷ BENJAMIN. op. cit. p. 246.

¹⁸ Ibid. p. 252.

¹⁹ GIACOMINI. op. cit. p. 15.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 345.

os valores da cultura de massa. Entretanto, a distinção principal entre os dois termos encontra amparo no fato de um ter por fim imediato o lucro enquanto a segunda, *a priori*, exclui a idéia de vantagem econômica.

Diante do Código de Defesa do Consumidor é necessário que seja feita essa distinção entre publicidade e propaganda que muitas vezes os próprios profissionais da área publicitária não preocupam-se em fazer.

A propaganda é uma atividade que está essencialmente voltada para a difusão de idéias, tem uma finalidade filosófica, religiosa, política, social ou ideológica. Ela nem sempre é paga e o exemplo que melhor a ilustra é a propaganda política e partidária, que é regida por regramento legal próprio e avaliada por um órgão jurisdicional especial, a Justiça Eleitoral.

A publicidade, ao contrário da propaganda, tem um objetivo comercial, visa o lucro e a acumulação de riqueza, seja a curto, médio ou longo prazo. É sempre paga ou, no mínimo, usada como moeda de troca em relações comerciais. Além disso, a publicidade sempre identifica o anunciante. Mesmo quando não é possível identificar em um primeiro contato quem ou o que está sendo anunciado, a finalidade nunca será diversa da promoção de um produto ou serviço. Uma campanha publicitária pode passar semanas simplesmente anunciando coisas como “Vem aí uma revolução. Aguardem.”, os chamados *teasers*, em uma fase pré-campanha, mas cedo ou tarde o anunciante irá ter que se expor, sob pena da não atingir a finalidade econômica a qual a publicidade se presta. O *teaser* é uma espécie de anúncio do anúncio.

Segundo a Professora Cláudia Lima MARQUES, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, pode-se definir publicidade da seguinte forma:

“Preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando assim claramente o que é propaganda (difusão de idéias) e o que é

publicidade (promoção, incitação ao consumo). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC, sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista”²¹.

Assim sendo, a propaganda é o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas para promover a adesão a um sistema ideológico, enquanto a publicidade compreende o conjunto de técnicas utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, mantendo ou aumentando a clientela que constitui seu fundo de comércio.

Tipologia e Criação da Publicidade

A publicidade, conforme seu objetivo, pode ser classificada de dois modos: institucional ou promocional. A publicidade institucional, também conhecida como corporativa, tem por finalidade anunciar a própria empresa e não um produto seu especificamente. É considerado um investimento de longo prazo, baseado na idéia de alterar a forma pela qual o público enxerga determinada empresa. Com a publicidade promocional, o que se espera são resultados de curto prazo, anunciando-se um produto ou serviço especificamente. Ela pode ser de demanda primária ou demanda seletiva. A primeira aplica-se a produtos completamente novos, sobre os quais o fabricante antes de mais nada deve convencer o público de sua utilidade; o segundo é forma publicitária mais comum, de produtos já conhecidos, onde o que ocorre é uma disputa entre os diversos fabricantes pela preferência do consumidor.

Na sua concepção, a publicidade passa por dois importantes momentos, que é a sua criação, quando ele é gerada, e sua produção, quando ela é materializada. Somente após isso ela é executada. Esses conceitos encontram sua relevância jurídica na medida que interessa ao direito saber como e por quem foi elaborada uma publicidade ungida de vícios, tanto para responsabilização civil, como até mesmo penal dos envolvidos.

A criação publicitária processa-se por etapas, sendo a primeira delas o *briefing*. Nesse momento o anunciante fornece à agência os elementos mínimos sobre seus produtos e serviços. Ele serve para que a agência compreenda perfeitamente o seu cliente, percebendo sua problemática para ter condições de atender suas necessidades

²¹ MARQUES. op. cit. p. 345.

do modo mais adequado. Nessa etapa a figura principal é o fornecedor, já que compete a ele descrever as suas necessidades. Nas palavras de Veronique de CHANTÉRAC, citada por BENJAMIN, o cliente deve dizer o que deseja, com toda a clareza, para então passar o *briefing* a um grupo na agência. Nada deve ser omitido, nem mesmo as pesquisas de mercado mais reservadas²².

A fase seguinte é a reflexão estratégica. Ela processar-se-á no interior da agência, de forma coletiva, com uma equipe de profissionais com diversas funções. Aqui é que surgem diversas idéias, que deverão ser filtradas e apresentadas ao cliente. A escolha do cliente é que determinará o rumo que a criação propriamente dita irá seguir.

A criação propriamente dita é a fase que dá os contornos finais à publicidade. É quando o publicitário irá usar sua imaginação, sempre vinculado ao que se busca com o anúncio. Logo, segundo BENJAMIN, “há um exagero na exaltação da expressão mágica *liberdade de criação*, uma vez que o exercício é todo guiado pelas instruções do anunciante e da agência, limitando-se o profissional a um papel de criação”²³.

Terminada a criação, tem início a produção. Ela irá depender do tipo de comunicação a ser utilizado, seja ele um filme, um jornal, uma revista. Terminada essa fase, após a permissão do anunciante, é dado início a execução da campanha publicitária.

Para a empresa, em muitos casos, quanto mais amplo o alcance que a sua publicidade alcança, maior é o retorno comercial que ela atinge. Quanto a certos produtos, que devido aos seus preços estão ao alcance apenas de uma parcela reduzida da população, existe o marketing dirigido, uma publicidade especialmente voltada aos consumidores de uma determinada faixa social. Entretanto, por mais específico que seja o público alvo, destinatário daquela peça publicitária, o anunciante não tem como escolher quem irá ou quem não irá ler, olhar, em fim, ser atingido por tal informação. É em decorrência dessa amplitude de alcance que a publicidade não pode deixar de ser uma matéria regulada pelo Direito. Não se fala aqui de uma relação de consumo necessariamente, mas sim de uma exposição de filmes, textos, fotos que desejam

²² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997, p. 256.

estimular o consumo de determinado produto, mas que nesse caminho, mexem com valores sociais e morais, com o sentimento das pessoas, causando reações no público.

Princípios e Vícios da Publicidade

A prática publicitária é norteada por alguns princípios que tem por finalidade a proteção do consumidor e a preservação da concorrência no mercado. O Código de Defesa do Consumidor, face a sua finalidade vestibular que é a proteção do consumidor, deixou de tratar de princípios vitais à economia de mercado e a livre concorrência.

O Código de Defesa do Consumidor optou por definir apenas a publicidade enganosa ou abusiva, deixando de lado qualquer conceito genérico de publicidade. Preocupou-se mais com o desvio que com o padrão.

O primeiro princípio é o da identificação da publicidade. Por esse princípio, a publicidade há que ser identificada pelo consumidor como tal, devendo também identificar o anunciante. Carece de sentido comercial a publicidade que não identifica o anunciante, pois o que diferencia a publicidade da propaganda é a finalidade de se obter lucro, tal é o caso da primeira, enquanto a propaganda que tem uma finalidade ideológica, pode não ter o anunciante identificado²⁴. Determinadas técnicas de anúncio – como a veiculação de *teasers*²⁵ – podem não identificar, a princípio, quem é o anunciante, com o fim de criar expectativas e aguçar a curiosidade do consumidor acerca do produto que está prestes a ser lançado, mas a identificação do anunciante há de ocorrer assim que o produto seja efetivamente apresentado ao público.

Existem duas técnicas publicitárias, a publicidade subliminar e o *merchandising*, que ferem esse princípio transcrito no Código de Defesa do Consumidor, sendo que o segundo é amplamente utilizado no Brasil.

O *merchandising* trata-se de uma técnica através da qual é feito o marketing de determinado produto por meio de uma peça não publicitária, como uma novela onde os

²³ BENJAMIN. loc. cit. p. 257.

²⁴ Vide *Supra* p. 11.

personagens só utilizam determinada marca de automóveis e usam apenas uma marca de eletrodomésticos, por exemplo. Nas palavras de BENJAMIN, seria a “inclusão de menções ou aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral e etc”²⁶. Nessas situações a pessoa pode não vir a perceber que enquanto a novela transcorria ela foi por inúmeras vezes alvo de referências que enalteciam determinados produtos. Como asseverou GIACOMINI, tal situação torna difícil a algumas pessoas perceberem que estão diante de uma peça publicitária e tal dificuldade estaria vedada pelo art. 36 do Código de Defesa do Consumidor.²⁷

O Código não trás uma proibição expressa de *merchandising*. Mas, além da forma discreta com que é veiculado, ele ainda representaria uma forma de burla ao limite de 15 minutos de publicidade por hora de programação televisiva. BENJAMIN propõe como solução a esse impasse a inserção de créditos informando, antes do início do programa, que ocorrerá o *merchandising* de determinados produtos, fornecendo ao consumidor os elementos necessários para que, no momento da veiculação do *merchandising*, possa identificá-lo, de imediato, como publicidade.²⁸

A publicidade subliminar consiste em estimular o consumidor atuando-se diretamente no subconsciente da pessoa, em um nível de percepção abaixo do limiar de consciência e na atividade psíquica e mental do indivíduo. Em 1957 a eficácia da publicidade subliminar foi testada em um cinema dos Estados Unidos. A audiência foi bombardeada no transcorrer do filme às frases “*Drink Coca-Cola*” e “*Hungry? Eat popcorn*” na velocidade de 1/3000 de segundo. Durante a apresentação do filme o consumo de tais produtos aumentou muito em relação à salas que assistiram o mesmo filme mas que não foram submetidas a tais estímulos²⁹.

²⁵ Vide *Supra* p. 13.

²⁶ BENJAMIN. op. cit. p. 265.

²⁷ GIACOMINI. op. cit. p. 18.

²⁸ BENJAMIN. op. cit. p. 266.

²⁹ *Beverly Hills Bar Association Journal*, vol. 21, nº 1, 1986-87, p. 56-72. *Apud* BENJAMIN. op. cit. p. 265.

No Brasil, em dezembro de 2000³⁰, pouco antes da total proibição de veiculação da propaganda de cigarros na televisão que ocorreria a partir de 1º de janeiro de 2001, o Ministério Público de Brasília considerou ilegal uma campanha do cigarro Free, porque estimularia jovens a fumar, e, em acordo com a Souza Cruz, a campanha foi cancelada. Foi a primeira vez no Brasil que um comercial de cigarros saiu do ar por suspeitas de que era dirigido para adolescentes³¹. Tal ilegalidade baseou-se no laudo de três psicólogos que encontraram mensagens subliminares na propaganda. Enquanto era recitada a frase “Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem um arranhão. Eu vou deixar minha marca”, por três décimos de segundo – uma fração de tempo imperceptível aos olhos humanos – aparece a imagem de uma mulher fumando. Logo em seguida, pelos mesmos 3 décimos de segundo, a imagem é repetida. Na mesma propaganda a palavra “sex” aparece inserida na fumaça do cigarro.

Diante desse caso concreto e do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, a ilegalidade da propaganda subliminar é manifesta e a indústria da publicidade evita falar abertamente do uso de tais técnicas.

O princípio da vinculação contratual da publicidade reza que o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária. As consequências desse princípio serão tratadas detalhadamente mais adiante³².

Publicidade Enganosa

O princípio da veracidade da publicidade, positivado no art. 37, do Código de Defesa do Consumidor, consagrou a proibição da publicidade enganosa:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de

³⁰ FOLHA ON-LINE, “Fumo: Indústria é acusada de ter criança como alvo” disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0809200201.htm>> em 05/06/2003.

³¹ Nos Estados Unidos, promotores encontraram dezenas de documentos internos da indústria, nos quais executivos diziam abertamente que o alvo da propaganda era o público jovem.

³² *Vide infra* p. 30.

induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2.º (...)

§ 3.º. Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Segundo BENJAMIN, além de ser um dos mais importantes princípios da publicidade, é também aquele que tem a expressão legal mais antiga, mesmo quando o tratamento jurídico da publicidade não ultrapassava os limites da defesa da concorrência desleal³³. Essa importância é visível na elaboração do Código de Auto-regulamentação Publicitária³⁴, que logo em seu art. 1º já faz menção a esse princípio ao afirmar que “todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro”.

Esse vício da publicidade não afeta apenas os consumidores, mas o mercado como um todo, incluindo aí a livre e leal concorrência. A sua ação consiste em provocar uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, se ele estivesse melhor informado, certamente não o faria.

A característica principal da publicidade enganosa, segundo o Código de Defesa do Consumidor, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor mesmo que através de omissões. Segundo LIMA MARQUES, a interpretação desta norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o erro é a falsa noção da realidade, falsa noção esta potencialmente formada na mente do consumidor por ação da publicidade³⁵.

No entanto, há que ser feita uma consideração a chamado *dolus bonus*, como é chamada a astúcia natural do comerciante. O dolo é um defeito do negócio jurídico, ensejador de sua anulação. Ele corresponde ao emprego de um artifício astucioso, apto a induzir alguém em erro, com a intenção de causar-lhe prejuízo. Entretanto, marcado pelo seu primitivo caráter penal no direito romano, exige-se do dolo uma certa relevância, abaixo da qual ele deve ser tolerado, porque é socialmente mais perigoso, para a segurança jurídica do tráfico de riquezas, permitir a anulação dos contratos toda vez que um dos contratantes comete um embuste menor. Daí a distinção entre *dolus bonus* e *dolus malus*. Para Adalberto PASQUALOTTO, dois fatos concorriam para a

³³ BENJAMIN. op. cit. p. 262.

³⁴ Vide Anexo 04, p. 56.

desconsideração do *dolus bônus*: a inexpressividade da boa-fé como princípio geral das obrigações e a prevalência da disponibilidade dos direitos individuais. Esses dois valores foram legislativamente alterados, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, que introduziu a boa-fé como princípio reitor da proteção ao consumidor, instituindo um sistema que alçou a tutela de alguns interesses privados à ordem pública³⁶.

Uma peça publicitária pode ser considerada enganosa, segundo BENJAMIN, por dois tipos de conduta: comissiva ou omissiva.³⁷ Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não corresponde a realidade. Na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo considerado relevante e que, em vista desta omissão, é capaz de induzir o consumidor em erro ao não afirmar algum fato relevante a respeito do produto. Por fato relevante, entenda-se que é aquele que teria o poder de fazer com que o consumidor, não materialize o negócio de consumo caso o conheça. Apesar de a análise desse dados ter que ser feita caso a caso, o BENJAMIN expõe três dados que quase sempre estão relacionados a enganabilidade por omissão de dado essencial: preço, segurança e adequação (inexistência de vício de qualidade por inadequação)³⁸.

Uma peça publicitária pode também ser total ou parcialmente falsa. Se for total, todas as informações, em seu conjunto, são falsas. Se for parcial, há informações falsas e verdadeiras em uma mesma peça. Entretanto, a existência de informações falsas e verdadeiras não faz com que a publicidade deixe de ser considerada enganosa.

É importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor não se preocupou com a vontade daquele que veiculou a mensagem publicitária. Assim, não há que se perquirir culpa ou dolo na esfera da responsabilidade civil, à exceção do tratamento penal do fenômeno. Tudo o que se exige é prova de que o anúncio possui tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria de consumidores.

³⁵ MARQUES. op. cit. p. 347.

³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 73.

³⁷ BENJAMIN. op. cit. p. 272.

³⁸ Ibid. p. 281.

A proibição é, objetivamente, a do resultado engano do consumidor. Assim, segundo BENJAMIN, o que se procura atingir com essa determinação é a proteção do consumidor e não a repressão ao comportamento enganoso do fornecedor. Independentemente de ter havido má-fé ou negligência, o que deve ser avaliado é se uma porção, ainda que mínima, de consumidores, tenha potencial de vir a ser enganada pelo anúncio³⁹.

Segundo PASQUALOTTO, não há necessária correlação entre falsidade e enganabilidade. Uma mensagem pode ser falsa e não ser enganosa, assim como pode ser verdadeira, porém, enganosa⁴⁰. Nas palavras de BENJAMIN, “a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução ao erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado”⁴¹. A indução em erro pode ser muito sutil, como na França, onde uma mensagem de um fabricante de sucos em pó anunciava sucos com sabor de frutas, sobre a imagem de frutas frescas quando, na realidade, a aromatização é artificial. Mas pode também realmente enganar quanto a características anunciadas que serviriam como o diferencial entre a aquisição ou não do produto, como no Brasil, onde um fabricante de aparelhos de ar-condicionado promoveu a venda do produto ligando-o diante de um microfone. Fazia-se silêncio e depois uma voz assegurava que o aparelho era totalmente silencioso. Uma perícia, no entanto, demonstrou que os ruídos emitidos pelo aparelho eram perfeitamente audíveis por pessoas com acuidade auditiva normal, situando-se, até mesmo, além das especificações sonoras recomendadas para um dormitório. A falsidade pode guardar relação com a fantasia publicitária, mas deve-se saber que há um limite de tolerância do senso comum para mensagens hiperbólicas, otimistas, exageradas e humorísticas.

E qual o parâmetro utilizado para se afirmar, efetivamente, que algum consumidor poderia ser enganado? Em um estudo comparado, PASQUALOTTO afirma que “a analogia como o bom pai de família carrega ao consumidor médio um mínimo de espírito crítico, inteligência e discernimento, o que levou a jurisprudência

³⁹ BENJAMIN. op. cit. p. 273.

⁴⁰ PASQUALOTTO. op. cit. p. 118.

⁴¹ BENJAMIN. op. cit. p. 274.

de alguns países a substituir um padrão concreto por outro mais abstrato de consumidor”⁴².

Na França, a partir da Lei Royler de 1973, deixou-se de adotar o critério do *homo medius*, ampliando-se o campo de aplicação da lei, ao ser autorizada a substituição do critério concreto do consumidor médio para um conceito mais abstrato. Na Alemanha, o critério utilizado é quantitativo: um anúncio é considerado enganoso se uma certa parte do público, de 10% dos receptores da mensagem, é suscetível de ser induzida em erro.

No Brasil o critério de avaliação é mais flexível, como o Francês. Na avaliação de potencial induzimento ao erro, segundo BENJAMIN, ”considera-se não apenas o consumidor bem informado e atento, mas também aquele outro que seja ignorante, desinformado ou crédulo. Afinal, aquilo que for enganoso para um consumidor pode não sê-lo, em alguns casos, para outros”⁴³. A regra é que se utilize um duplo critério: primeiro o objetivo, relativo ao conteúdo do próprio anúncio; um segundo, subjetivo, relacionado ao tipo de consumidor atingido ou atingível. O Código de Auto-regulamentação Publicitária, em seu art. 23 preceitua: “Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade”.

Outro relevante critério levantado por BENJAMIN é o de que deve ser levado em conta – para a avaliação da enganabilidade – o anúncio como um todo e não apenas a sua literalidade. Toma-se a sua impressão total⁴⁴. Assim, a pura verdade literal não constituirá defesa para o anunciante, se do contexto geral sobressair sentido diverso.

O Código de Defesa do Consumidor também não admite o exagero indiscriminado – conhecido como *puffing*. Se uma afirmação exagerada se prestar a induzir o consumidor em erro, estará configurada a publicidade enganosa. Sempre haverá um fundamento mercadológico para as técnicas publicitárias. O anunciante só usará o exagero quando o ver como benefício aos seus negócios, e tal só pode ser assim pela convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada.

⁴² PASQUALOTTO. op. cit. p. 122.

⁴³ BENJAMIN. op. cit. p. 276

O exagero só é liberado da vinculação à oferta caso lhe falte precisão suficiente – art. 30 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo BENJAMIN, tal exceção não encontra similar no que se refere a veracidade e não abusividade. Assim, o exagero, mostrando-se capaz de induzir o consumidor em erro, ou abusando dos valores sociais, presta-se à caracterização da publicidade enganosa e abusiva, mesmo quando não tiver precisão suficiente⁴⁵.

Entretanto, o uso de expressões sobre as quais seja impossível fazer uma medição objetiva, ou que não possam ser levadas a sério não são considerados enganosos. Segundo BULGARELLI, “a regra geral que se colhe na maior parte dos países industrializados é a de que as expressões exageradas de caráter inofensivo, em que clientes não acreditam, estão excluídas do campo dos enganos prejudiciais dentro de limites variáveis”⁴⁶.

Ocorre ainda de serem utilizadas frases ambíguas, com mais de um sentido, sendo que um deles não é verdadeiro. Nesse caso, uma única frase assim atinge todo o anúncio, tornando-o enganoso. O mesmo ocorre quando há alegações implícitas, como quando se afirma: “Sinta o gosto do verdadeiro chocolate suíço. Compre chocolate da marca X”. O anúncio pede ao consumidor para que faça duas coisas distintas, mas a relação que se pode extrair desse contexto é a de que o chocolate X é suíço, o que não é verdade.

As demonstrações simuladas também são responsáveis por um grande número de casos de anúncios enganosos. Com ocorrências principalmente em televisão, o consumidor, diante de uma mera imitação, é levado a crer que está vendo, de fato, um teste de qualidade do produto do fornecedor. PASQUALOTTO cita em sua obra um curioso caso de um comercial francês, que foi objeto de polêmica em seu país sobre se o anúncio seria enganoso ou não. Na peça, vários cães buldogues aparecem jogando uma partida de futebol onde a bola foi substituída pela sacola de viagem do fornecedor, tudo para enfatizar a resistência do produto. Durante o anúncio aparece uma mesma sacola mas, na realidade, foram usadas várias sacolas, vez que os cães não

⁴⁴ Ibid. p. 277

⁴⁵ BENJAMIN. op. cit. p. 278

⁴⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Publicidade Enganosa – Aspectos da Regulamentação Legal*. Apud BENJAMIN. op cit. p. 279

tinham muitas dificuldades para destruí-las.⁴⁷ A polêmica girou em torno da real capacidade daquele anúncio de enganar alguém. Para os franceses, conhecedores de cães como os brasileiros o são para o futebol, tal anúncio não foi considerado enganoso, pois o senso crítico dos consumidores franceses permitiria deduzir que tratava-se apenas de uma simulação bem humorada e não de algo com o intuito de enganar.

Publicidade Abusiva

O princípio da não abusividade, embora não busque reprimir a enganosidade da mensagem publicitária, tem por objetivo reprimir desvios que prejudiquem igualmente os consumidores. Ao contrário da propaganda enganosa, nas palavras de BENJAMIN, a publicidade abusiva ataca outros valores sociais tidos como importantes. O art. 7º do Código de Auto-regulamentação Publicitária reconhece que “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre as grandes massas da população”. No art. 2º do mesmo *codex* vemos que “todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir”. Há ainda o art. 20 que assevera que “nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou de discriminação social, política, religiosa ou de nacionalidade”.

Nos dizeres de LIMA MARQUES, a publicidade abusiva é aquela publicidade anti-ética, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.⁴⁸ Assim sendo, a publicidade abusiva é aquela que fere os direitos morais do consumidor.

Da maneira como foi regradada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a vedação a publicidade abusiva foi uma grande novidade, mesmo quando comparado a países desenvolvidos. Novos valores importantes a sociedade de consumo podem ser

⁴⁷ PASQUALOTTO. op. cit. p. 123.

⁴⁸ MARQUES. op. cit. p. 351.

induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Como bem observou BENJAMIN, as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, “não atacam o bolso do consumidor, isto é, não tem, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico”⁴⁹. O conceito de abusividade na atualidade vai gradativamente saindo do campo da concorrência desleal e entrando na área do direito do consumidor. Segundo Thierry BOURGOIGNIE, citado por BENJAMIN, “a abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita de interesse dos concorrentes, e, com o desenvolvimento do mercado e de novos valores, passa a ganhar importância para o consumidor”⁵⁰.

Ainda não foi criada uma regra geral que diga o que é uma publicidade abusiva. Por ser um critério residual, em matéria publicitária viciada, pode-se afirmar que é abusivo tudo aquilo que não é enganoso. A Suprema Corte Americana tentou fixar alguns parâmetros: abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores⁵¹.

Por ser de difícil sistematização preferimos analisar as formas de publicidade abusiva na mesma forma que foram tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Cumpre-nos salientar, mais uma vez, que a seqüência apresentada pela Lei é meramente exemplificativa, não é *numerus clausus*, cabendo aos aplicadores da lei adaptarem o texto legal aos casos concretos.

A publicidade discriminatória é uma afronta direta ao princípio da igualdade, consagrado pela Constituição Federal, no seu art. 5º e incisos. A publicidade deve abster-se de qualquer violação desses valores, por mais sutil que isso possa ser. As campanhas da grife Benetton são notórias em todo o mundo por lidarem constantemente com isso. Uma campanha desta empresa veiculada no Brasil mostrava a fotografia de duas crianças, uma negra e outra branca, sendo que o penteado da criança negra se assemelhava a dois chifres. A peça publicitária foi denunciada no

⁴⁹ BENJAMIN. op. cit. p. 283.

⁵⁰ Ibid. p. 284.

⁵¹ FTC v. Sperry and Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972).

Conselho de Ética do CONAR⁵² que, por maioria de votos, decidiu pela sustação da campanha. Em sua defesa a empresa afirma que o penteado da criança é muito comum em algumas regiões da África, o que foi rejeitado porque “propaganda não é o que se diz, mas o que os outros entendem. Na África, pode ser moda, mas aqui são dois chifres típicos do diabo”.

O encorajamento a certas práticas, como o emprego de violência também é vedado ao anunciante. Um anúncio de refrigerantes mostrava dois rapazes em atitude de defesa de pessoas vítimas de preconceito, como um jovem impedido de entrar em um táxi pelo seu motorista por ter “pêlos na orelha”. A peça publicitária seria louvável se em seguida não se seguisse o espancamento do motorista de táxi. Tal peça não chegou a ser objeto de representação no Conselho de Ética do CONAR ou de uma Ação Civil Pública, pois após as primeiras exposições o próprio fornecedor tomou a iniciativa de suprimir as cenas de violência do anúncio. A causa dos rapazes era legítima, entretanto o meio do qual se utilizaram poderia estimular as pessoas a defender seus direitos de modo ilegal e criminoso.

A exploração da superstição e dos medos das pessoas também é considerada prática publicitária abusiva, pois o anunciante não pode se aproveitar dos temores populares para promover seu produto. Um bom exemplo seria o de uma comunidade atingida por uma tragédia de grande comoção social, como o incêndio de um grande edifício na cidade. Essa comunidade estará especialmente vulnerável a anúncios que explorem o medo de incêndios que ronda aquela população.

O público infantil é um alvo especialmente cobiçado pelos anunciantes, em virtude do alto poder de persuasão que exercem sobre os pais e o poder de coerção social a que podem submeter as outras crianças. Mesmo com o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor não sendo taxativo, uma especial atenção foi dada pelo Código às crianças.

Um caso que se tornou notório no Brasil foi o da primeira Ação Civil Pública reprimindo a prática da abusividade na publicidade⁵³. Havia dois filmes na campanha. O primeiro deles mostrava as crianças invadindo um supermercado fechado

⁵² CONAR: Representação 229/91, Bol. 47/92.

de Defesa do Consumidor não sendo taxativo, uma especial atenção foi dada pelo Código às crianças.

Um caso que se tornou notório no Brasil foi o da primeira Ação Civil Pública reprimindo a prática da abusividade na publicidade⁵³. Haviam dois filmes na campanha. O primeiro deles mostrava as crianças invadindo um supermercado fechado durante a noite. As crianças furtavam os doces e em seguida fugiam. O segundo mostrava meninos entrando em uma casa que só tinha meninas. Eles espalhavam sapos pela casa e, aproveitando-se do temor das garotas, serviam-se dos doces lá existentes. A autora afirmou que as peças faziam apologia ao crime: a primeira, furto qualificado; a segunda, extorsão. Na contestação a ré arguiu que estava sendo tolhida de sua liberdade de expressão e que as crianças tinham capacidade suficiente de discernimento para entender que tratava-se apenas de ficção, como a presente em desenhos animados e jogos eletrônicos. A sentença julgou procedente a ação, determinando a proibição da exibição pública dos filmes. O magistrado, na sua fundamentação, considerou presente o elogio da impunidade e o sucesso em operações criminosas como coisa aceitável e eficiente para a felicidade. Acrescentou ainda que não só as crianças com capacidade de discernimento são atingidas, mas também as de classes sociais inferiores e de tenra idade, as quais a mensagem atingirá sem qualquer triagem ou resistência.

Para tornar ainda mais eficiente a proteção legal das crianças, a Lei 9.294/96 proibiu a inclusão de crianças e adolescentes, como participantes ou destinatários, na publicidade de sons ou de sons e imagens em favor de cigarros e demais produtos fumíferos.

Quanto a vedação ao desrespeito de valores ambientais, PASQUALOTTO afirma que “as normas de proteção ambiental e a defesa do consumidor tem muito em comum, a partir da natureza difusa dos interesses em questão”.⁵⁴

O conceito de publicidade abusiva por desrespeito a normas ambientais é amplo. Tanto uma publicidade institucional que exagera os verdadeiros esforços feitos por uma empresa para preservar o meio ambiente é abusiva, assim como uma

⁵³ Processo 01191112364, 7ª Vara Cível de Porto Alegre. Associação de Proteção e Defesa do Consumidor X Nestlé Industrial e Comercial Ltda. e DPZ Propaganda Ltda.

campanha que mostre produtos tóxicos e de uso controlado sendo utilizados em ambientes protegidos também é. Na Noruega, uma campanha de um distribuidor que anunciava que para cada litro de gasolina vendido uma parte dos lucros seria destinado a preservação florestal na Costa Rica. A campanha foi impugnada, sob o argumento de que a gasolina, sendo um produto negativo ao meio ambiente equilibrado, não poderia ter seu consumo estimulado em razão da proteção ambiental⁵⁵.

Quanto a proibição da indução a comportamento prejudicial ou perigoso à saúde, bem como a comportamento prejudicial ou perigoso à saúde, a própria lei já toma precauções mais objetivas. A Lei 10.167/2.000, que alterou dispositivos da Lei 9.294/1.996, que institui a proibição do anúncio de cigarros na televisão, rádio e outdoors, bem como a limitação do patrocínio esportivo pela indústria do tabaco, constituiu um dos mais duros golpes da legislação brasileira na indústria do cigarro. Esta Lei ainda trata da regulamentação da publicidade de medicamentos e produtos perigosos. Há ainda a Lei 9.974/2.000 que regulamenta a publicidade e rotulagem de defensivos agrícolas e afins. Entretanto, qualquer outro produto que não esteja abrangido por essa legislação especial está obrigado a seguir o que o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preceitua de forma generalizada.

É importante esclarecer que não deve-se imaginar que apenas em *marketing* a publicidade pode ser contaminada por enganosidade e abusividade. Todas as técnicas mercadológicas dão ensejo a tais desvios. Por conseguinte, promoções de venda também podem ser enganosas ou abusivas.

⁵⁴ PASQUALOTTO. op. cit. p. 135.

⁵⁵ PASQUALOTTO. op. cit. p. 137.

Capítulo III

TRATAMENTO JURÍDICO DA PRÁTICA PUBLICITÁRIA

A publicidade como figura juridicamente relevante

A publicidade tem um papel dos mais relevantes frente a sociedade capitalista. Além de dar ritmo às engrenagens do consumo ela também tem um relevante papel social, como ao influenciar comportamentos e enaltecer valores, como o status, a boa aparência física e etc. Alguns, como PASQUALOTTO, afirmam que a publicidade não é a causa, mas a consequência desse processo evolutivo do capitalismo, além de ter um papel econômico fundamental, não só pela velocidade que imprime à produção e distribuição de mercadorias, como também porque, atualmente, ela em si mesma é uma força econômica significativa.

A história da publicidade sempre esteve entrelaçada com o desenvolvimento da economia e permitiu a transferência do poder dos vendedores para os fabricantes, passando a indústria a ditar a preferência das compras.

As resistências contra a determinação de efeitos jurídicos da publicidade sempre estiveram ligadas a tendência natural dos anunciantes de se escusarem de qualquer responsabilidade sobre o que anunciavam. Além disso, esses agentes tinham o apoio doutrinário dos que defendiam a expressão publicitária como a liberdade de manifestação artística e do pensamento.

As restrições que se fazem à publicidade sempre são confrontadas com argumentos em favor da liberdade de expressão. Nessa linha de raciocínio, a publicidade seria uma forma de expressão protegida constitucionalmente e, assim, insuscetível de restrições. Qualquer forma de limitação a essa liberdade constituiria uma forma de censura. Esse foi um dos argumentos usados na defesa do anunciante na primeira ação civil pública do Brasil envolvendo publicidade abusiva. O debate dessa matéria também é intenso na América do Norte, justamente pela larga tradição do país no campo das liberdades públicas. Lá é usual o apelo do anunciante à primeira emenda

à Constituição, que assegura a liberdade de palavra da imprensa. Para PASQUALOTTO, a liberdade de palavra não pode ser assegurada incontestavelmente e deve-se atribuir responsabilidade a quem dela faz uso. Além disso, a liberdade que a *carta magna* visa respeitar é de ordem política, de natureza bem diversa da liberdade de anunciar. A primeira põe em questão direitos políticos fundamentais do cidadão, enquanto a segunda refere-se a uma atividade comercial com fins lucrativos. Por essa razão que é importante a distinção entre propaganda e publicidade no falso debate entre publicidade e liberdade de expressão⁵⁶.

Publicidade como Proposta

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor a publicidade deixou de ser meramente uma prática comercial, juridicamente relevante somente quando utilizada como forma de concorrência desleal (art. 196, § 1.º, inc. VIII do Código Penal)⁵⁷. A mudança que foi introduzida com o Código consumerista exigiu uma adaptação dos juristas. Antes disso, o conteúdo enganoso ou abusivo de uma peça publicitária não sofria qualquer restrição pelo direito, como comprova o seguinte arresto: “Promessa de recompensa (Código Civil art. 1512). Anúncio comercial, de sentido notoriamente publicitário, não a caracteriza. Falta de seriedade ou de veracidade em promoção comercial, só por si e em tese, não interessa ao direito. Ação improcedente. Recurso improvido”⁵⁸.

Sob a ótica consumerista, quando for aceita a proposta feita através da publicidade, o conteúdo da publicidade passará a integrar o contrato firmado com o consumidor, como se fosse uma cláusula extra, não escrita, mas cujo cumprimento poderá ser exigido, mesmo de maneira litigiosa frente ao Judiciário. Trata-se de conteúdo publicitário do contratos as cláusulas, mesmo que não escritas, ou se escrita, que não integra o corpo do contrato, promessa de qualidade, de preço, de

⁵⁶ PASQUALOTTO. op. cit. p. 67.

⁵⁷ MARQUES. op. cit. p. 305.

⁵⁸ Apelação Cível 37842, 4ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Édson Alves de Souza. Publicado em 25/02/1.981.

prestabilidade e etc., que passa a ser vinculativa para quem o fizer veicular ou dela se utilizar⁵⁹.

Vista do ponto de vista da teoria dos negócios jurídicos, a publicidade pode ser catalogada como um negócio jurídico unilateral, com declaração unilateral de vontade, ou como proposta⁶⁰.

Segundo PASQUALOTTO, a primeira característica, a unilateralidade, preceitua que aos negócios jurídicos unilaterais é suficiente a declaração de vontade de uma só das partes para a produção de efeitos jurídicos. Assim, alguém obriga-se tão somente pelo conteúdo de sua própria declaração⁶¹.

A doutrina identifica como negócio jurídico unilateral aqueles atos negociais cujos efeitos se produzem sem necessidade da participação de ninguém além do declarante. Alguns desses negócios, porém, são auto-suficientes, como a denúncia, renúncia, resolução e etc. Em outros, os efeitos dependem de alguma colaboração material de um terceiro interessado, como a promessa de recompensa, procuração, testamento e etc. Os primeiros são classificados como negócios não-receptícios enquanto os da segunda espécie são classificados como receptícios, pois dependem de alguma atuação de quem recebe a declaração que vai além da simples tomada de conhecimento.

Para Orlando GOMES, quanto a tipificação legal das declarações unilaterais de vontade:

“não seria possível atribuir a “eficácia” vinculante a toda declaração feita com esse propósito, até porque o nascimento de uma obrigação pela simples promessa de cumpri-la, não dirigida à determinada pessoa, só é admissível em hipóteses restritas, nas quais as circunstâncias permitem que sejam tomadas a sério. Por isso as legislações, acompanhando o Cód. Civil alemão, só reconhecem eficácia às declarações unilaterais de vontade expressamente prevista na lei”⁶²

Os Códigos Civis Italiano e Português também são expressos quanto a tipicidade ser obrigatória em atos jurídicos unilaterais. Entretanto, segundo

⁵⁹ MARQUES. op. cit. p. 305.

⁶⁰ PASQUALOTTO. op. cit. p. 44.

⁶¹ Id.

⁶² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª Edição. Rio de Janeiro, 1992. p. 287.

PASQUALOTTO, “a lei pode criar novas fontes obrigacionais, como teria feito o CDC com a publicidade”⁶³.

A segunda linha de pensamento considera a publicidade como uma proposta. Para CERPA LOPES,

“se a oferta de contrato e a vontade unilateral produzem ambas, de súbito, uma vinculação obrigacional, elas se distanciam nos seguintes pontos: a) enquanto a oferta de contrato produz uma obrigatoriedade súbita em função de um contrato que se irá ou não se consumir, a vontade unilateral produz, desde logo, uma obrigação completa, perfeita e acabada; b) enquanto a oferta de contrato tem uma eficácia transitória e subordinada, para sua integração, a um evento futuro e incerto, que é a aceitação da outra parte, a vontade unilateral, uma vez manifestada, tem o seu ciclo de vida completo e o surgimento do credor eventual terá por efeito não *integrar* a relação jurídica, senão *exigir* a sua execução; c) enquanto a oferta se compõe de duas fases, a genética do contrato e a que se segue ao contrato, a vontade unilateral só dispõe de uma fase, apresentando-se, por assim dizer, monogenésica, resultante dela própria sem outro qualquer concurso”⁶⁴.

Assim, a oferta só se torna efetivamente obrigatória se surgir futuramente o aceitante, ao passo que a declaração unilateral produz desde logo eficácia completa, propiciando ao credor a pretensão de execução da obrigação.

A oferta ao público pode ser indeterminada, sem limitação do número fixo de contratos, em caso de eventual aceitação. É admitida a sua revogação, desde que a aceitação ainda não tenha aperfeiçoado o negócio, porque a vontade de se desvincular não vale mais que a vontade antecedente de se vincular.

Por influência comercialista, as declarações negociais dirigidas indistintamente ao público eram consideradas meros convites para contratar, como dispõe a convenção de Viena: “Uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como convite a contratar, a menos que a pessoa que fez a proposta tenha indicado claramente o contrário”⁶⁵.

⁶³ PASQUALOTTO. op. cit. p. 47.

⁶⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1988. p. 124.

⁶⁵ PASQUALOTTO. op. cit. p. 54.

A publicidade como uma oferta pré-contratual

Sobre as práticas comerciais, no tocante à oferta, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 30, estabelece o seguinte: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

A publicidade, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor foi classificada como uma atividade social, juridicamente relevante por ser parte integrante da oferta. O seu conteúdo é livre, mas deve seguir o patamar legal de conduta nas relações sociais conforme a boa fé objetiva. Para Fábio Konder COMPARATO “os processos de publicidade comercial, pela sua importância social pela sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por conseguinte, merecer uma disciplina de ordem pública análoga à das estipulações contratuais”⁶⁶.

A publicidade, quando suficientemente precisa, passa a ter efeitos jurídicos de uma oferta, integrando o futuro contrato. Assim, segundo LIMA MARQUES:

“o fornecedor brasileiro deve prestar mais atenção nas informações que veicula, seja através de impressos, propaganda em rádio, jornais e televisão, porque estas já criam para ele um vínculo, que no sistema do CDC será o de uma obrigação pré-contratual, obrigação de manter a sua oferta nos termos em que foi veiculada e cumprir com seus deveres de lealdade, informação e cuidado, no caso de aceitação por parte do consumidor, de prestar contratualmente o que prometeu ou sofrer as conseqüências previstas no art. 35”⁶⁷.

Ainda segundo a professora Cláudia Lima MARQUES, foi sábio o uso da expressão “suficientemente precisa” porque destaca que a publicidade informativa, assim como as outras informações, não precisa ser total. Assim, havendo apenas alguns elementos que podem ser definidos como integrantes do futuro contrato negocial entre o consumidor e o fornecedor, estes elementos obrigam e vinculam desde a sua veiculação. Isso já aponta uma marcante diferença em relação a oferta

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. “A proteção do consumidor: Importante capítulo do Direito Econômico”, in **Defesa do Consumidor – Textos Básicos**, Editora Forense, Brasília, 1987, p. 34. *apud* MARQUES, Cláudia, p. 304.

clássica. A oferta de consumo pode referir-se a apenas uma qualidade do produto ou serviço, mas já vincula, já integra o contrato que vier a ser celebrado regulando aquele aspecto se mais favorável ao consumidor, mesmo que a oferta publicitária não seja total, de um ponto de vista clássico, quanto a presença de todos os elementos contratuais⁶⁸.

Desse modo não há mais como negar, definitivamente, que da publicidade, quando suficientemente precisa, nascem obrigações para o para o fornecedor que a fizer veicular ou que dela se utilizar. Essa vinculação possui natureza, inicialmente, pré-contratual, pois é somente uma declaração unilateral de vontade da qual decorrem deveres jurídicos para o fornecedor e a qual correspondem direitos para os consumidores expostos a publicidade.

Ainda segundo LIMA MARQUES, trata-se de um vínculo jurídico obrigacional em sentido lato⁶⁹. Isso significa que o fornecedor encontra-se vinculado a observar certa conduta no interesse de outro, o consumidor (titular de um direito subjetivo), deverá cumprir seus deveres de lealdade, veracidade na informação, deveres de conduta segundo a boa-fé, deveres anexos de cuidado, de informação, de conselho e de cooperação. Significa igualmente que o fornecedor se encontra – por ação própria – em um estado de sujeição, face a possível aceitação dos consumidores de sua oferta publicitária. Caso tal aceitação ocorra, sujeita-se o fornecedor às consequências irresistíveis da atuação do direito formativo do outro, ao contrato e a prestar a obrigação conforme informou na oferta publicitária.

A título ilustrativo, podemos observar o caso ocorrido em 1991, em Goiânia, onde uma loja de eletrodomésticos publicou em um jornal a oferta de um forno microondas, especificando o modelo e a marca, a um preço muito convidativo. Com o afluxo de um grande número de consumidores, a loja, por não dispor mais de nenhum exemplar do bem ofertado, distribuiu um documento de crédito a todos os consumidores que pagaram o preço anunciado na oferta. Posteriormente a loja tentou anular judicialmente os contratos firmados naquele dia, alegando que o gerente fechou

⁶⁷ MARQUES. op. cit. p. 305.

⁶⁸ Ibid. p. 307.

⁶⁹ Id.

os contratos por coação psicológica⁷⁰. Tal argumento é insipiente, pois a oferta publicitária já havia sido feita, o vínculo obrigacional de sujeição da loja em relação à aceitação dos consumidores, ainda que em grande número, se concretizou pois o anúncio não mencionava o número de fornos naquela condição bem como o tempo de manutenção daquela oferta.

Relevante foi o segundo argumento apresentado: o do eventual equívoco sem culpa por parte do fornecedor na mensagem publicitária. Esse tema ultrapassa a natureza tão somente contratual da publicidade e encontra sua essência como ato unilateral de vontade, teoricamente revogável se submetido à teoria dos defeitos da vontade. Para BENJAMIN, em razão do risco inerente a atividade do empresário, não deve ser aceita a arguição de erro na mensagem publicitária: “Apenas o anunciante tem os meios (materiais, técnicos e econômicos) para evitar que eventual equívoco no anúncio possa atingir terceiros, vindo a causar danos. Pode o próprio anunciante, em querendo, p. ex., antes de qualquer veiculação de anúncio por ele encomendado, fazer, pessoalmente, uma última conferência, já após a produção do texto (imprensa), filme (televisão), ou gravação (rádio), verificando sua adequação⁷¹”.

Assim identifica-se um novo risco profissional⁷² do empresário que se utiliza dessa forma de incitação ao consumo: a publicidade juridicamente relevante. Esse risco será tratado detalhadamente no subtítulo seguinte.

O Código de Defesa do Consumidor, ao igualar a publicidade suficientemente precisa à oferta, segundo LIMA MARQUES, colocou o fornecedor no mesmo estado de sujeição à aceitação que já era conhecido pelo próprio Código Civil, no caso da proposta contratual aceita⁷³. Após a aceitação, a natureza do vínculo obrigacional ligando o fornecedor e o consumidor da publicidade transforma-se em vínculo de natureza contratual, se bem que suas características continuem as mesmas e apenas acrescenta-se a possível exigibilidade da prestação principal.

Antes do Código de Defesa do Consumidor a publicidade era mera prática comercial, com relevância jurídica apenas quando ocorresse concorrência desleal.

⁷⁰ MARQUES. op. cit. p. 308.

⁷¹ BENJAMIN. op. cit. p. 239.

⁷² Vide Anexo 04. p. 56.

⁷³ MARQUES. op. cit. p. 309.

Com o advento dessa nova Lei, aceita a proposta feita através da publicidade, o conteúdo da publicidade passará a integrar o contrato firmado com o consumidor, como se fosse uma cláusula extra, não escrita, cujo cumprimento poderá ser exigido, ainda que de forma litigiosa.

Responsabilidade civil do anunciante

Quando o tema responsabilidade civil é trazido a tona, torna-se impossível não se falar em nexo de causalidade. De modo sucinto, nas palavras de Sílvio RODRIGUES, “para que se possa impor a alguém a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é mister que haja uma relação de causalidade entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo da vítima”⁷⁴. Sempre que houver um dano causado pela ação ou omissão de alguém, sem essa relação de causalidade não se pode conceber a obrigação de indenizar.

O objetivo do anunciante é conseguir que o consumidor adquira seu produto ou serviço, e o aspecto jurídico e ético dessa questão diz respeito aos meios que são utilizados para fazer esse consumidor decidir-se pela compra de determinado bem em detrimento de outro, da empresa concorrente.

Ofensas aos direitos do consumidor como resultado de estratégias agressivas de marketing são relativamente comuns. Muitos empresários, ainda que cientes de sua responsabilidade em reparar os danos causados ao consumidor, bem como dos limites impostos pela lei ao exercício de sua expressão comercial, apostam na impunidade ou, em último caso, um retorno comercial grande o suficiente que justifique o “risco” de burlar tais regramentos.

Atento aos efeitos danosos de ações mercadológicas voltadas a estimular o consumo de bebidas alcoólicas, tabaco, armas de fogo, medicamentos, entre outros produtos perigosos, o legislador brasileiro proibiu expressamente que tais bens de consumo sejam objetos de campanhas promocionais que vinculem à compra desses produtos a distribuição de brindes. Tal regulamentação é encontrada no Decreto

⁷⁴RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – responsabilidade civil*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1979, p 167.

70.951/72, que regulamenta a Lei 5768/71, a qual dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteios, vale-brindes, concursos, a título de propaganda. As Leis que regulamentam a prática publicitária são, muitas vezes vistas pelos fornecedores como impedimento para que se atinjam os objetivos mercadológicos visados e como uma espécie de cerceamento à liberdade de expressão comercial dos anunciantes, quando, na realidade o objetivo dessa legislação é corrigir falhas e abusos na conduta de fornecedores nas relações de consumo, coadunando-se, perfeitamente, com os objetivos mercadológicos das empresas, que podem perseguir seus objetivos dentro de caminhos lícitos e sem lesar os direitos de outrem.

A grande vertente antitabagista que vivemos não é fruto apenas dos malefícios causados pelo cigarro, mas também dos métodos utilizados pela indústria do fumo para angariar novos “usuários/viciados”. Apesar de ser uma atividade lícita, sua regulamentação mais severa decorre do alto custo social que o tratamento de doenças decorrentes do uso contínuo de cigarros ocasiona aos cofres públicos. Nos Estados Unidos, a empresa Philip Morris foi multada em U\$ 250 mil, por distribuir amostras gratuitas de cigarros entre os residentes de Nova Iorque. Foi entendido que a distribuição de cigarros grátis pode ser considerada tentação e pressão desnecessária sobre o direito de livre escolha das pessoas. Isso ocorreu devido a queixa de um cidadão que recebeu pelo correio uma série de amostras de produtos da empresa no mesmo dia que completava um ano sem cigarros⁷⁵.

A argumentação mercadológica, especialmente de produtos perigosos ou potencialmente danosos à saúde, sujeita-se a limitações legais mais extensas. Isso ocorre pois, nas palavras de Maria Luiza de SABOIA CAMPOS, a falha de informação, por colocar em risco a saúde e a segurança do consumidor, transmuta-se em responsabilidade pelo fato do produto⁷⁶. Linguagem ofensiva, informação falsa ou demasiadamente tendenciosa, exagerada, bem como o desrespeito aos direitos da personalidade do público-alvo da mensagem publicitária, podem caracterizar dano ao consumidor e constituir responsabilidade civil.

⁷⁵ GAZETA MERCANTIL, Caderno de Legislação, em 19/05/1994, p. 35, *apud* BENJAMIN, p. 288.

⁷⁶ CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996, p. 246.

A empresa é o centro da imputabilidade de deveres e obrigações. Concentra os meios de produção, sendo, portanto, responsável não só pela idealização e execução do serviço ou produto, mas também pela sua comunicação ao público, envolvendo a criação de embalagens, manuais de instrução, campanhas publicitárias e promocionais. O dever de informar e alertar sobre o risco que certos produtos oferecem é tarefa inerente à própria atividade comercial e empresarial, e falhas na comunicação podem dar ensejo à obrigação de reparar dano causado.

A noção de empresariedade, segundo Waldírio BULGARELLI, citado por SABÓIA CAMPOS, abrange aqueles sujeitos que respondem pelo exercício da atividade empresarial, figurando como responsáveis pela reparação dos danos oriundos de seus atos na sociedade de consumo de massa. Desse modo, teríamos o estabelecimento como o conjunto de bens organizados para a produção e geração de negócios jurídicos e o empresário como o detentor do poder de decisão. A empresa é o centro dessa atividade econômica organizada, constituindo o centro da empresariedade.

BENJAMIN justifica a responsabilidade do fornecedor diante do proveito econômico direto do anúncio ser, fundamentalmente, do anunciante. Não se pode pois passar ao consumidor-vítima que não lucra economicamente com o anúncio a álea inerente a atividade⁷⁷. Em virtude desse raciocínio, nem mesmo o equívoco inocente serviria para eximir o fornecedor de responsabilidade:

“Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regido (a publicidade), o Direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil. Em outras palavras, a publicidade será exigível ainda que sua inexatidão não se deva à culpa ou dolo do anunciante. Visível então, que nos regimes jurídicos modernos de proteção do consumidor, como o CDC brasileiro, o equívoco inocente (= não culposos) não exclui a responsabilidade civil do fornecedor⁷⁸.”

O anunciante é aquele que oferece à agência de publicidade todas as informações técnicas e comerciais para o planejamento e a produção da campanha

⁷⁷ BENJAMIN. op. cit. p. 240.

⁷⁸ Ibid. p. 243.

publicitária do produto ou serviço a ser divulgado, através do *briefing*, bem como é aquele que terá a palavra final para o início da veiculação dos anúncios⁷⁹. Assim sendo, no âmbito de responsabilidade civil perante o consumidor, segundo SABÓIA CAMPOS, o anunciante é o responsável pela reparação de danos morais e patrimoniais, de caráter individual, coletivo ou difuso, causado ao consumidor, por defeito ou falha na comunicação⁸⁰.

Em virtude dessa possibilidade é que o Código de Defesa do Consumidor, no art. 36, parágrafo único, determina que “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. É uma legitimação legal e inescusável da exigência de que cabe a ele, fornecedor, o ônus da prova da veracidade e correção das informações dirigidas ao consumidor, determinado pelo artigo 38 da mesma Lei.

Entretanto, como salienta SABÓIA CAMPOS, é importante sublinhar que a empresa anunciante não é a única responsável por reparar danos causados na cadeia de distribuição de informação da publicidade. Apesar de a responsabilidade ser atraída em um primeiro momento quase que integralmente ao anunciante, a agência de publicidade e até mesmo o veículo de informação podem responder solidariamente pelos danos causados por defeito, vício ou falha na informação dirigida ao consumidor, que pode ser caracterizada como publicidade enganosa ou abusiva, eivada de ilicitude a punível na forma da Lei⁸¹. Essa solidariedade é a exceção e não pode ser presumida. Ou ela é estabelecida em lei ou pela vontade das partes, conforme o disposto no artigo 265 do Código Civil. No Brasil, essa solidariedade decorre da Lei.

A solidariedade passiva entre anunciante e agência publicitária foi imposta antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, pela Lei 4.680/1.965, que regulamenta a profissão do publicitário, entre outras providências. Conforme o art. 3º desta Lei, essa solidariedade incide em função das características de intermediação existentes no trabalho da agência de publicidade, agindo esta por conta e ordem do cliente-anunciante nas peças publicitárias que estuda, concebe, executa e distribui aos

⁷⁹ Vide *supra* p. 14 p/ *briefing* e outras informações.

⁸⁰ CAMPOS. op. cit. p. 250.

veículos de comunicação. O Código de Defesa do Consumidor vai ainda mais além, trazendo o veículo de comunicação – a emissora de rádio, televisão, jornal, revista etc. – para compor o pólo passivo, impondo-lhe também a responsabilidade solidária, colocando-o ao lado do anunciante e da agência de publicidade.

Essa responsabilidade solidária será determinada pelo credor, que tem a faculdade de exigir de todos os devedores ou de um só deles, restando a quem respondeu sozinho o direito de regresso para exigir dos outros co-devedores suas respectivas quotas de responsabilidade na dívida. Assim, para SABOIA CAMPOS, “A responsabilidade cabível ao anunciante, à agência de propaganda e ao veículo de comunicação é trinômio indispensável na relação jurídica havida quando da veiculação de uma mensagem publicitária. O CDC impõe a solidariedade passiva entre essas pessoas jurídicas na reparação de dano causado por defeito ou vício da informação”⁸².

Dano moral

Na seara da reparação de danos, nem sempre os direitos morais foram suficientemente protegidos pelo Direito. Atualmente, como salienta Rubens LIMONGI FRANÇA, “não tem mais sentido, à face dos progressos da ciência jurídica, e da construção diuturna da jurisprudência, em todo direito dos povos cultos, deixar de reconhecer a reparação do dano moral, aí incluída a possibilidade de indenização”⁸³.

A Constituição Federal consagrou esse instituto, tornando inquestionável a sua aceitação pelo direito brasileiro:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V- é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁸¹ CAMPOS. op. cit. p. 251.

⁸² Ibid. p. 289.

⁸³ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Responsabilidade Aquiliana e suas raízes**, in **Responsabilidade civil**. Coordenado por Yussef Said Cahalli. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p. 162.

(...)

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

SABOIA CAMPOS, ao tratar do dano como condição da reparação por danos, salienta que deve-se entender por dano moral um prejuízo sofrido na integridade ou atributos da pessoa e não no seu patrimônio⁸⁴. Uma indenização nunca irá pagar pela dor sofrida em decorrência da morte de um ente querido. Sua equivalência não terá uma relação direta, matemática. Essa avaliação será sempre arbitrária.

O jurista Caio MÁRIO justifica essa arbitrariedade e o cabimento dessa indenização na “convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, veja-se castigado pela ofensa praticada e o caráter compensatório para a vítima que receberá uma soma que lhe proporcione prazer em contrapartida ao mal sofrido”⁸⁵.

Incluir entre os danos morais aqueles sofridos pela coletividade, seja como grupo determinado ou difuso, é crucial à plena e eficaz proteção dos consumidores no que se refere aos danos causados pela publicidade enganosa ou abusiva. O conceito elaborado por LIMONGI FRANÇA reflete muito bem essa preocupação: “...dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”⁸⁶.

Assim, nos direitos coletivos incluem-se os direitos morais, indicando que, no âmbito da proteção do consumidor, o responsável por qualquer ofensa deve responder pelos danos causados, sendo eles morais, patrimoniais, ou ambos concomitantemente, resguardando-se não mais apenas a incolumidade econômica do consumidor, mas também a física e psíquica. Para o Código de Defesa do Consumidor, não apenas a publicidade enganosa é ilícita, mas igualmente aquela mensagem publicitária que ofenda as instituições, que tenha temática racista, discriminatória ou eivada de preconceitos culturais, sendo passível de ser condenada à reparação do dano moral, o

⁸⁴ CAMPOS. op. cit. p. 291

⁸⁵ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, Forense, 1990, p. 61

⁸⁶ LIMONGI FRANÇA. op. cit. p. 163.

qual se caracteriza pela abusividade de seu apelo para a obtenção da atenção dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor é bastante claro e direto ao prever a reparação do dano moral individual, coletivo ou difuso:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI – A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Para a reparação desses danos, segundo SABÓIA CAMPOS, as reclamações individuais tendem a ser propostas quando da ocorrência concomitante de um dano patrimonial ao consumidor, com exceções a alguns poucos casos nos quais houve lesão aos direitos da personalidade do indivíduo, oriundas de defeito da informação. Para a defesa de danos exclusivamente morais a melhor opção é a via da ação coletiva, a qual pode ser impetrada pelo Ministério Público, pelos Órgãos Públicos, pela União, pelos estados, pelos municípios e pelas Associações de defesa do consumidor, por meio da ação civil pública (Lei nº 7.347/1985)⁸⁷.

A reparação por danos morais não ocorre exclusivamente em decorrência de publicidade abusiva⁸⁸. Um exemplo dessa atuação ocorreu quando o Ministério Público impetrou uma ação civil pública por danos morais difusos contra a Golden Cross – Assistência Internacional de Saúde e sua agência de publicidade Premium Propaganda S/A, por publicidade enganosa onde o IBOPE teria realizado um estudo indicando a empresa como a melhor segundo a opinião pública. Tal pesquisa nunca foi feita⁸⁹.

Em um caso com esse, a grande dificuldade reside na determinação do *quantum* a ser fixado para a indenização do dano moral difuso. SABOIA CAMPOS entende que devem ser aplicados critérios e parâmetros existentes na realidade econômica e na expectativa de lucro projetada no plano estratégico da própria campanha publicitária

⁸⁷ CAMPOS. op. cit. p. 260.

⁸⁸ A condenação ao pagamento de danos morais pode ser cumulada com a condenação por publicidade enganosa como é possível constatar no Anexo 04, de jurisprudência.

que carrega em si a ilicitude, a enganosidade ou abusividade. Assim, a condenação poderá ter o montante mais facilmente determinado se essa for determinada segundo a valoração subjetiva da gravidade e extensão do dano aplicada em percentuais ou em múltiplos, tendo-se por base de cálculo a verba publicitária, incluindo-se nela todos os custos de produção, mídia, honorários da agência de publicidade, direitos autorais, de uso de imagem, som de voz, entre outros⁹⁰.

CONAR

A chamada autonomia negocial pressupõe definir o negócio como ato e como instrumento da autonomia privada, como auto-regulamento dos interesses do próprio agente. Os usos e costumes, no formato do direito estatutário instituído pela Auto-regulamentação dos setores produtivos da sociedade, são reconhecidos como formadores de um sistema aberto se comparados ao dogmático sistema legal positivado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses, seus valores e seu próprio negócio. Nesses moldes, em 1978, foi criado o Código de Auto-regulamentação publicitária, que instituiu o CONAR – Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, fundado em 1980 – como entidade privada destinada a regular a atividade publicitária no Brasil.

O Código de Auto-regulamentação Publicitária, ao tempo de sua criação, veio preencher uma grande lacuna do direito brasileiro no concernente às normas regulamentadoras da publicidade voltadas a proteger o consumidor, em uma época que não havia o Código de Defesa do Consumidor para regular essa matéria. A única Lei sobre o assunto até então era a nº 4.680/1.965, que dispõe sobre o exercício da profissão do publicitário, contrato-tipo nas relações entre anunciante e agência de propaganda, fiscalização e penalidades em um âmbito restrito às relações entre profissionais e empresas do ramo.

⁸⁹ GIACOMINI. op. cit. p. 56.

⁹⁰ CAMPOS. op. cit. p. 261.

O CONAR tem um conselho de ética, dividido em câmaras encarregadas de apreciar as infrações ao seu código. Ela atua por denúncia, por representação ou por iniciativa própria. As punições previstas são de advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de sustação da veiculação e divulgação da posição do CONAR no caso de não acatamento de suas decisões.

Mas as decisões do CONAR são de cumprimento espontâneo. O estatuto da entidade não lhe outorga nenhum poder coativo, mas, mesmo que o fizesse, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de entidade privada. Assim, para PASQUALOTTO, no Brasil, com o Código de Defesa do Consumidor, o controle da publicidade é apenas público e estatal⁹¹, ao contrário de parte da doutrina que considera haver no Brasil um sistema misto de regulamentação publicitária. As normas do CONAR, por serem de caráter inteiramente privado, não são aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O estatuto do CONAR tem natureza contratual e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada desta matéria.

O Código de Auto-regulamentação Publicitária, apesar de ser forma secundária de expressão do direito, expõe SABOIA CAMPOS que ele contém “técnica mais afinada e adequada à realidade do mercado publicitário que a encontrada no Código de Defesa do Consumidor, de caráter mais genérico. Apenas falta-lhe o caráter coercitivo e obrigatório da lei, apesar da notável eficácia encontrada no cumprimento dos pronunciamentos proferidos pelo Tribunal de Ética do CONAR⁹².”

Segundo a mesma autora, apesar do advento do Código de Defesa do Consumidor a função do Tribunal de Ética não chegou a sofrer transformações significativas, pois a lei traçou apenas normas de caráter geral, definindo a publicidade enganosa ou abusiva e impondo-lhe a responsabilidade específica. Portanto, nesse sentido, o Código de Auto-regulamentação pode oferecer subsídios ao direito, preenchendo lacunas não ocupadas pelo Código de Defesa do Consumidor ou outras legislações referentes à matéria, como fonte consuetudinária de direito⁹³.

Uma explicação para essa grande adesão dos anunciantes à disciplina privada desse Tribunal de Ética encontra uma explicação nas origens do CONAR. O

⁹¹ PASQUALOTTO, op. cit. p. 69.

⁹² CAMPOS, op. cit. p. 239.

nascimento do CONAR deu-se como uma reação ao declínio da confiança da confiança e da credibilidade de todos os consumidores com relação à publicidade. Era necessário manter os níveis éticos do exercício da profissão e da qualidade dos anúncios, sob pena de não mais se acreditar nas suas argumentações e informações. Se não fosse feito esforço algum nesse sentido, a publicidade poderia ter passado a ser sinônimo de mentira, de algo que não corresponde à realidade fática de um produto ou de um serviço.

Direitos coletivos e interesses difusos

Distinguir o prejuízo individual do prejuízo coletivo é operação essencial para se verificar o cabimento das vias de defesa coletivas do consumidor pela representatividade do Ministério Público, entidades e órgãos da administração pública ou associações civis. Tratando-se de dano à coletividade ou aos integrantes de uma comunidade, ou à pessoa jurídica com reflexos nos membros que a compõe, tal dano será denominado coletivo.

Explica CAIO MÁRIO que a teoria dos danos coletivos diz respeito ao problema da caracterização do dano, e com enorme relevância ao da *legitimatío* para promover a ação de indenização⁹⁴. Essa posição, anterior a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, diz que, em princípio, no caso de dano pessoal, somente o prejudicado pode agir. Porém, se o dano for coletivo, e se houver um organismo dotado personalizado, tem este *legitimatío ad causam*. Entretanto, caso não haja um organismo dotado de personalidade, somente poderá agir aquele que tiver sofrido pessoalmente o dano, mesmo que o seu procedimento viesse a beneficiar toda a comunidade.

O conceito de interesse difuso desperta ainda alguma discussão doutrinária, por ser uma figura relativamente recente. Nas palavras do jurista Waldírio BULGARELLI, “o conceito de interesse supra ou meta-individual, que se insere entre o interesse individual (referente ao sujeito individualmente considerado) de um lado e o interesse

⁹³ CAMPOS. op. cit. p. 243.

⁹⁴ PEREIRA. op. cit. p. 50.

social ou geral (concernente à sociedade como um todo) de outro, guardando, todavia, estreita relação com o interesse coletivo, do qual aparece constantemente como sinônimo”⁹⁵.

A necessidade que a sociedade sente de defender melhor os interesses de seus membros, nasce em um movimento que não parte de uma visão paternalista de políticos e governantes, mas de uma organização nascida no núcleo social de forma que interesses individuais somados encontrem força quando somados acha expressão nos dizeres de Ada Pellegrini GRINOVER:

“...novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesse dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações para a defesa dos direitos civis, as associações de consumidores, de defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores.”⁹⁶.

Tais interesses, caracterizados como meta-individuais, não são nem públicos nem privados, são interesses sociais. Esses interesses encontram sua mais perfeita expressão legal na interação da Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei 7.347/1.985) e do Código de Defesa do Consumidor, que, ainda segundo a professora GRINOVER, “se complementam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos à LACP”⁹⁷.

Esse processo de adaptação da Lei das Ações Cíveis Públicas ao Código de Defesa do Consumidor viabilizou, efetivamente, as ações coletivas, abrindo um amplo

⁹⁵ BULGARELLI, Waldírio. “Os interesses difusos e a proteção do consumidor”. Revista de Direito Mercantil, nº 46, p. 91. *Apud* CAMPOS. op cit. p. 268.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos”. Revista de Direito do Consumidor, jan/mar 1993, nº5 p. 216.

espectro ao reconhecimento da legitimidade de parte, conferindo de forma inquestionável legitimidade ao Ministério Público, órgãos públicos, à União aos Estados e aos Municípios e Distrito Federal para pleitearem reparação de danos coletivos ou lesões a interesses difusos sofridos pelos consumidores⁹⁸.

É pertinente esclarecer que esses interesses difusos referem-se a uma parcela indeterminada da população, ao passo que interesses coletivos dizem respeito a uma parcela determinável, como explica-nos MANCUSO: "...falando-se em interesses coletivos quando existe um grupo de pessoas, com interesses comuns que só seriam comunitariamente perseguíveis, ao passo que o interesse difuso não se caracteriza por qualquer movimento associativo"⁹⁹. O Código de Defesa do Consumidor não faz qualquer limitação quanto a perseguição em juízo dos interesses tanto de um quanto de outro.

Essas ações de defesa de interesses difusos e coletivos são uma versão brasileira das chamadas *class actions*, previstas na regra nº23 do *Federal Rules of Civil Procedures* do direito norte-americano. Por tratarem de direito individual e homogêneo, sua sentença condenatória terá caráter genérico, limitando à fixação de responsabilidade do réu pela reparação dos danos causados, cabendo depois, às vítimas ou aos seus herdeiros, numa verdadeira habilitação a título individual, procederem à liquidação de sentença – diretamente ou pelas entidades legitimadas – incumbindo-lhes provar a existência do dano pessoalmente sofrido e seu montante, assim como a relação de causalidade entre esse e o dano coletivo reconhecido pela sentença condenatória.¹⁰⁰

A liquidação de sentença na *class action* é de suma importância, pois é nela que se fixará o *quantum debeat*, o montante da indenização. Cada consumidor, individualmente, deverá comprovar a extensão do seu prejuízo a fim de que seja possível a execução da sentença condenatória.

⁹⁷ GRINOVER. op. cit. p. 211.

⁹⁸ Vide Anexo 04. p. 56.

⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 61

Punição penal e administrativa

Como já fora tratado anteriormente, na publicidade enganosa o vício volitivo do anunciante é irrelevante para a determinação dos efeitos civis da publicidade enganosa. Nesse viés, a capacidade real de enganar é levada em conta para a determinação do dano difuso, enquanto o efetivo engano de alguém abrirá ensejo à indenização individual. O dano publicitário individual, por ser mais grave, também tem importância na tipificação do crime do art 7º, VII, da Lei nº 8137/90 – Lei da Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo:

Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

VII – Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária.

Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Para a responsabilização penal, é importante ressaltar que a caracterização do dolo do agente é indispensável a tipificação do delito. Entretanto, a análise dos efeitos penais da conduta enganosa por parte do fornecedor não é o objeto principal desse estudo, os quais os relegamos a segundo plano.

A imposição de contrapropaganda ao responsável pelo dano moral causado ao consumidor – compreendido como coletividade determinável ou não – é outro instrumento, administrativo, fornecido pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 60, que tem por objetivo a reparação do prejuízo causado pela publicidade. Trata-se de uma forma de corrigir aquilo de foi registrado de maneira distorcida ou falsa na mente do consumidor, fazendo com que os responsáveis pela mensagem enganosa ou abusiva tornem pública a verdade, tentando-se, assim, restaurar a visão da realidade dos fatos concernentes ao produto ou ao serviço frente ao consumidor.

¹⁰⁰ GRINOVER. op. cit. p. 210.

A expressão contrapropaganda, segundo BENJAMIN, é inadequada¹⁰¹. Pela mesma razão que deve ser feita uma distinção entre publicidade e propaganda¹⁰², o certo seria chamar essa sanção de contrapublicidade.

Certamente, a veiculação de contrapropaganda pode ter uma efetividade muito maior que o pagamento de uma indenização individual, pois visa desconstruir toda a idéia equivocada passada aos consumidores. Entretanto, a contrapropaganda é imposta sem prejuízo do ressarcimento pecuniário dos danos e prejuízos correspondentes.

No projeto do Código, os 2º e 3º parágrafos foram objetos do veto presidencial. Eles têm a seguinte redação:

“§2º. A contrapropaganda será aplicada pelos órgãos públicos competentes da proteção ao consumidor, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, cabendo recurso para o Ministro de Estado da respectiva área de atuação administrativa, quando a mensagem publicitária for de âmbito nacional.

§3º. Enquanto não promover a contrapropaganda, o fornecedor, além de multa diária e outras sanções, ficará impedido de efetuar por qualquer meio, publicidade de seus produtos e serviços”.

Nas razões de veto, o Presidente da República dispôs que:

“A imposição de contrapropaganda sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos pode dar ensejo a sérios abusos, que poderão redundar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se vê, aliás, do disposto no § 3º do art. 60. Por outro lado, é inadmissível, na ordem federativa, atribuir a Ministro de Estado competência para apreciar em grau de recurso a legitimidade dos atos de autoridade estadual ou municipal, tal como previsto no § 2º, do art. 60”.

Quanto ao §2º, nos dizeres de DENARI, o veto insurge-se somente contra o cabimento de recurso ao Ministro de Estado. Assim, “não alcançada pelo veto presidencial remanesce a parte introdutória do comando normativo – dispondo que a contrapropaganda será aplicada pelos órgãos públicos competentes de defesa do consumidor, mediante procedimento administrativo, assegurando ampla defesa – de inteira aplicação na espécie sujeita”¹⁰³.

¹⁰¹ BENJAMIN. op. cit. p. 290.

¹⁰² *Vide supra*, p. 11.

¹⁰³ DENARI, Zelmo. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998, p. 474.

Nas razões do veto, quanto ao §3º, percebe-se certa primazia à segurança da atividade empresariais, pois o texto é muito genérico, não estabelecendo se o impedimento do fornecedor de efetuar publicidade de seus produtos e serviços alcança toda a sua linha de produtos ou somente aqueles que estavam sendo objeto de publicidade viciada. Realmente não haveria justificativa por parte do legislador para impedir também a publicidade regular de outros produtos do fornecedor, pois como coerção pode-se estabelecer uma pesada *astreinte* ao transgressor. No que tange à multa diária, não ocorre qualquer prejuízo com o veto, pois o próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 84 § 2º), em Consonância com o Código de Processo Civil (art. 461), fazem referencia a elas mais tarde. Essa multa coercitiva, as *astreintes*, na definição de ARENHART, são “um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações”¹⁰⁴.

A imposição de contrapropaganda pode servir tanto para o anunciante desculpar-se de eventual abuso cometido durante a veiculação da campanha publicitária que deu causa a punição, como também para corrigir dados essenciais que foram dolosa ou culposamente suprimidos ou distorcidos na peça publicitária viciada. Os anunciantes visam evitar essa punição a todo o custo, pois fazer publicidade associando a marca da empresa a um ato ilícito que causou dano ao consumidor pode ser ainda, mercadologicamente falando, mais danosa que a reparação individual dos ofendidos. A veiculação da contrapropaganda será às expensas do infrator, utilizando-se para a divulgação o mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário, conforme determina o artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. 1ª Edição. São Paulo: RT, 2003. p. 353.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor inseriu uma nova concepção no direito pátrio de proteção do cidadão em relações de consumo. A publicidade não é mais considerada uma simples ferramenta ao alcance do empresário para o aumento do número de consumidores dos seus produtos e serviços, mas também está impregnada com uma alta responsabilidade social do empresário para com, não só seus clientes, mas potenciais consumidores de seus produtos que estão igualmente expostos a esta técnica de divulgação comercial. Nessa relação entre fornecedor/anunciante e o consumidor, as partes guardam as mesmas peculiaridades que caracterizam as demais relações de consumo: vulnerabilidade do consumidor e posição de vantagem do fornecedor.

A vulnerabilidade do consumidor decorre da sua hipossuficiência. É sempre o mais fraco. A necessidade de que o consumidor seja protegido é consequência do reconhecimento de que existe uma grande massa vulnerável. Esta massa é a imensa maioria das pessoas que ao realizar as atividades normais da vida cotidiana, não apenas de aquisição de bens e serviços, mas também em suas horas de lazer, quando são expostas a uma grande quantidade de anúncios publicitários, não estão em condições, por si mesmas, de reclamar da má qualidade dos produtos e serviços ou da abusividade e enganosidade publicitária. O entendimento e a aplicação, nas relações de consumo, dos princípios gerais da defesa do consumidor auxiliam para que se atinja um certo equilíbrio nessa relação jurídica.

Antes do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade veiculada era praticamente destituída de qualquer forma de controle ou regulamentação legal. Na tentativa de preservar a credibilidade do mercado publicitário, muito arranhada no final da década de setenta, as empresas anunciantes criaram um órgão consultivo privado, o CONAR, para tentar resgatar um mínimo de confiabilidade que o consumidor deve ter no anúncio que lê, ouve ou assiste. Essa busca pela credibilidade não tratou-se de uma decisão de cunho moral, mas era questão de sobrevivência para o

mercado publicitário, vez que quando destituída totalmente de confiança por parte dos consumidores, a publicidade perde sua razão de existir. Apesar de o controle privado funcionar relativamente bem no Brasil, o legislador não pode omitir-se de criar leis que regulem essa atividade, pois somente assim haveria como agregar-se coercitividade a esse controle tornando-o, independentemente da adesão ou não do anunciante a um órgão consultivo, realmente eficiente.

Dentro do contrato de consumo, o dever de informar, do qual o fornecedor é imbuído, poderia ser colocado como uma espécie de ônus do anunciante, na medida que ele deixa, por um momento, tão somente de demonstrar as qualidades e virtudes de um serviço ou produto como passaria também a ensinar o consumidor como fazer um uso mais racional dos bens que são disponibilizados. Não cuida-se exclusivamente de censurar uma forma de comunicação, mas de dirigi-la de modo a fazer com que atinja também outras finalidades socialmente relevantes.

A repressão a publicidade enganosa é, sem sombra de dúvidas, a mais importante conquista, não só dos consumidores individualmente e coletivamente considerados, mas de toda as partes envolvidas nas relações de consumo. A boa-fé é o princípio essencial da atividade comercial. Com isso, ganham os consumidores, que passaram a ter uma segura e efetiva tutela do direito de serem corretamente informados; ganham os empresários que comercializam bens de qualidade, pois não terão a concorrência desleal de produtos ineficientes ou nocivos, que só conseguiriam ser vendidos caso se faltasse com a verdade a respeito de suas qualificações. A figura da publicidade abusiva foi criada pelo legislador com a clara intenção de suprir uma lacuna existente entre uma peça publicitária que não é enganosa, mas que fere valores socialmente relevantes, abrindo um campo maior para a atuação dos operadores jurídicos. Obviamente, não se pode considerar indiscriminadamente qualquer mensagem minimamente maliciosa como abusiva e/ou enganosa. Deve-se apurar a real capacidade de causar danos, a capacidade de induzir em erro, a real ofensa a valores socialmente relevantes, sob pena de tornar as mensagens publicitárias meras expositoras de dados, destituídas de qualquer humor e inventividade.

A regulamentação legal da atividade publicitária no Brasil transfere ao fornecedor praticamente todas as responsabilidades decorrentes dos riscos, não só da

veiculação de publicidade eivada de vícios, mas de todas as práticas comerciais relativas a divulgação de seus produtos. Por ser o fornecedor quem tem algo a lucrar com essa atividade, além de se encontrar em uma posição de vantagem em relação ao consumidor, é natural e materialmente justo que o risco decorrente da atividade seja suportado pelo anunciante.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 349, out. 1985.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. 1ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2003

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. 4ª edição, São Paulo: Editora Forense Universitária, 1997.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Summus, 1991.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos”. *Revista de Direito d Consumidor*, São Paulo: Editora RT, jan/mar, nº 5, 1993.

GUERREIRO, Mário. **A arte da publicidade; estética, crítica e kitsch**. Campinas, Editora Papirus, 1988.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. 1ª Edição, São Paulo: 1992.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Responsabilidade Aquiliana e suas raízes**”, in **Responsabilidade civil**. Coordenado por Yussef Said Cahalli. São Paulo, Editora Saraiva, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NERY, Nelson Jr. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Forense, 1990.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – responsabilidade civil**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1979.

SANDMANN, Antônio José. **A linguagem da propaganda**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Contexto, 1993.

ANEXO 01

CÓDIGO DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA DO CONAR

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

Considerando:

- as diretrizes da legislação publicitária do País, especialmente capituladas na Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e no Decreto nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966;
- as recomendações das Câmaras de Comércio Internacionais (ICC - International Chamber of Commerce) e as diretrizes do Código Internacional da Prática Publicitária, editado originalmente em 1937 e revisto em 1949, 1955 e 1966 e, finalmente, em 1973 durante o Congresso realizado no Rio de Janeiro e cujos termos foram adotados pelo Brasil e 250 entidades de mais de 40 países;
- as diretrizes da Associação Internacional de Propaganda (IAA - International Advertising Association) e seus Congressos Mundiais, especialmente as que constam de seu estudo "Effective Advertising Self Regulation", publicado em 1974, e as recomendações do XXV Congresso Mundial de Propaganda realizado em Buenos Aires em 1976;
- as diretrizes do I Congresso Brasileiro de Propaganda (Rio de Janeiro, outubro de 1957), e as normas consubstanciadas no Código de Ética dos Profissionais de Propaganda então aprovadas;
- os termos da instrução nº 1 da Febrasp, assinada em 23 de abril de 1968, recomendando a criação de Comissões de Ética nas entidades publicitárias;
- as recomendações do II Congresso Brasileiro de Propaganda (São Paulo, fevereiro de 1969), especialmente no que toca ao autopolicimento das agências e anunciantes;
- as recomendações do I Encontro Nacional de Anunciantes, promovido pela ABA - Associação Brasileira de Anunciantes (São Paulo, dezembro de 1974);
- as recomendações feitas na I Conferência Internacional de Anunciantes (Rio de Janeiro, maio de 1975);
- as recomendações do simpósio realizado pela Comissão de Comunicações da Câmara dos Deputados (Brasília, junho/julho 75);
- os caminhos apontados pelas lideranças do setor publicitário e pelas autoridades nos debates do II Encontro Brasileiro de Mídia, realizado em São Paulo em setembro de 1976; e
- as sugestões do I Seminário Brasileiro de Propaganda (Gramado, outubro de 1976);

Considerando que a publicidade deve ser confiável no conteúdo e honesta na apresentação, pois é da confiança pública que depende o seu êxito;

Considerando, ainda, que as peças de publicidade e, de forma geral, a atividade publicitária se acham naturalmente subordinadas ao império da lei e devem reger-se pelo princípio da legalidade;

Considerando, finalmente, que as repercussões sociais da atividade publicitária reclamam a espontânea adoção de normas éticas mais específicas, as entidades abaixo assinadas, representativas do mercado brasileiro de publicidade, instituem pelo presente instrumento, este Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

São Paulo, 05 de maio de 1980.

ABAP - Associação Brasileira das Agências de Propaganda. (a) Petrônio Cunha Corrêa.

ABA - Associação Brasileira de Anunciantes. (a) Luiz Fernando Furquim de Campos.

ANJ - Associação Nacional de Jornais. (a) Roberto Marinho.

ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. (a) Carlos Cordeiro de Mello.

ANER - Associação Nacional de Editores de Revistas. (a) Pedro Jack Kapeller.

Central de Outdoor. (a) Carlos Alberto Nanô.

Desde então, várias outras associações representativas de novos veículos de comunicação publicitária, tais como emissoras de TV por assinatura, internet e marketing direto, aderiram ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

SEÇÃO 1 - Preâmbulo

Artigo 1º

Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.

Artigo 2º

Todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir.

Artigo 3º

Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.

Artigo 4º

Todo anúncio deve respeitar os princípios de leal concorrência geralmente aceitos no mundo dos negócios.

Artigo 5º

Nenhum anúncio deve denegrir a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular.

Artigo 6º

Toda publicidade deve estar em consonância com os objetivos do desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais.

Artigo 7º

De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por Agências e Profissionais sediados no país - salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por empresa aqui estabelecida.

SEÇÃO 2 - Objetivos

Artigo 8º

O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

Artigo 9º

A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha.

Parágrafo único

Ficam excetuadas do preceito acima as campanhas em fase de "teaser" (mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados).

Artigo 10

Não são capituladas neste Código as atividades de Relações Públicas e "Publicity" - que são distintas da publicidade comercial -, porém todas as normas aqui contidas regulam também o que hoje se convencionou chamar de "merchandising" através da Televisão.

Artigo 11

A propaganda política não é, igualmente, capitulada neste Código, nem deve competir às empresas a que se destinam as presentes normas, salvo quando promovida ostensivamente e sob direta responsabilidade de partido político devidamente reconhecido.

Artigo 12

A publicidade governamental, bem como a de empresas subsidiárias, autarquias, empresas públicas, departamentos, entidades paraestatais, sociedades de economia mista e agentes oficiais da União, dos Estados, dos Territórios, dos Municípios e do Distrito Federal, salvo proibição legal, deve se conformar a este Código da mesma forma que a publicidade realizada pela iniciativa privada.

Artigo 13

A publicidade de causas, instituições sociais, fundações ou de quaisquer outras atividades ou entidades sem fins lucrativos também será regida por este Código, em tudo que lhe couber.

SEÇÃO 3 - Interpretação**Artigo 14**

Este Código deve ser aplicado no espírito tanto quanto na letra.

Artigo 15

Os padrões éticos de conduta estabelecidos neste Código devem ser respeitados por quantos estão envolvidos na atividade publicitária, sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam Publicitários, Jornalistas e outros Profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário.

Artigo 16

Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio.

Artigo 17

Ao aferir a conformidade de uma campanha ou anúncio aos termos deste Código, o teste primordial deve ser o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo. A partir dessa análise global é que se examinará detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para sua veiculação.

Artigo 18

Para os efeitos deste Código:

- a. a palavra **anúncio** é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra **anúncio** só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante;
- b. a palavra **produto** inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou idéias que sejam promovidos pela publicidade;
- c. a palavra **consumidor** refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS GERAIS**SEÇÃO 1 - Respeitabilidade****Artigo 19**

Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar.

Artigo 20

Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade.

Artigo 21

Os anúncios não devem conter nada que possa induzir a atividades criminosas ou ilegais - ou que pareça favorecer, enaltecer ou estimular tais atividades.

SEÇÃO 2 - Decência**Artigo 22**

Os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam entre aqueles que a publicidade poderá atingir.

SEÇÃO 3 - Honestidade**Artigo 23**

Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.

SEÇÃO 4 - Medo, Superstição, Violência

Artigo 24

Os anúncios não devem apoiar-se no medo sem que haja motivo socialmente relevante ou razão plausível.

Artigo 25

Os anúncios não devem explorar qualquer espécie de superstição.

Artigo 26

Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência.

SEÇÃO 5 - Apresentação Verdadeira

Artigo 27

O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

§ 1º - Descrições

No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas.

§ 2º - Alegações

O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à:

- a. natureza do produto (natural ou artificial);
- b. procedência (nacional ou estrangeira);
- c. composição;
- d. finalidade.

§ 3º - Valor, Preço, Condições

O anúncio deverá ser claro quanto a:

- a. valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: alegada a sua redução, o Anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior;
- b. entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo;
- c. condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto;
- d. condições e limitações da garantia oferecida.

§ 4º - Uso da Palavra "Grátis"

- a. O uso da palavra "grátis" ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente;
- b. nos casos que envolverem pagamento de qualquer quantia ou despesas postais, de frete ou de entrega ou, ainda, algum imposto, é indispensável que o Consumidor seja esclarecido.

§ 5º - Uso de Expressões Vendedoras

O uso de expressões como "direto do fabricante", "preço de atacado", "sem entrada" e outras de igual teor não devem levar o consumidor a engano e só serão admitidas quando o Anunciante ou a Agência puderem comprovar a alegação.

§ 6º - Nomenclatura, Linguagem, "Clima"

- a. O anúncio adotará o vernáculo gramaticalmente correto, limitando o uso de gíria e de palavras e expressões estrangeiras, salvo quando absolutamente necessárias para transmitir a informação ou o "clima" pretendido. Todavia, esta recomendação não invalida certos conceitos universalmente adotados na criação dos anúncios e campanhas. O primeiro deles é que a publicidade não se faz apenas com fatos e idéias, mas também com palavras e imagens; logo, as liberdades semânticas da criação publicitária são fundamentais. O segundo é que a publicidade, para se comunicar com o público, tem que fazer uso daquela linguagem que o poeta já qualificou como " Língua errada do povo / Língua certa do povo / Porque ele é que fala gostoso / O português no Brasil";
- b. na publicidade veiculada pelo Rádio e pela Televisão, devem os Anunciantes, Agências e Veículos zelar pela boa pronúncia da língua portuguesa, evitando agravar os vícios de prosódia que tanto já estão contribuindo para desfigurar o legado que recebemos de nossos antepassados;
- c. todo anúncio deve ser criado em função do contexto sociocultural brasileiro, limitando-se o mais possível a utilização ou transposição de contextos culturais estrangeiros;
- d. o anúncio não utilizará o calão;
- e. nas descrições técnicas do produto, o anúncio adotará a nomenclatura oficial do setor respectivo e, sempre que possível, seguirá os preceitos e as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO.

§ 7º - Pesquisas e Estatísticas

- a. o anúncio não se referirá a pesquisa ou estatística que não tenha fonte identificável e responsável;
- b. o uso de dados parciais de pesquisa ou estatística não deve levar a conclusões distorcidas ou opostas àquelas a que se chegaria pelo exame do total da referência.

§ 8º - Informação Científica

O anúncio só utilizará informação científica pertinente e defensável, expressa de forma clara até para leigos.

§ 9º - Testemunhais

- a. O anúncio abrigará apenas depoimentos personalizados e genuínos, ligados à experiência passada ou presente de quem presta o depoimento, ou daquele a quem o depoente personificar;
- b. o testemunho utilizado deve ser sempre comprovável;
- c. quando se usam modelos sem personalização, permite-se o depoimento como "licença publicitária" que, em nenhuma hipótese, se procurará confundir com um testemunhal;
- d. o uso de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão não deverá induzir o Consumidor a erro e será sempre limitado pelas normas éticas da profissão retratada;
- e. o uso de sócias depende de autorização da pessoa retratada ou imitada e não deverá induzir a confusão.

SEÇÃO 6 - Identificação Publicitária

Artigo 28

O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

Artigo 29

O Anunciante será sempre facilmente identificável, seja pela marca do produto, seja pelo nome do fabricante, fornecedor ou distribuidor, exceção feita ao previsto no parágrafo único do Artigo 9º. É recomendado, também, que as Agências se identifiquem nos anúncios impressos veiculados sob sua responsabilidade.

Artigo 30

A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.

Artigo 31

Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de "carona" e/ou "emboscada", mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Parágrafo único

Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos:

- a. mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil;
- b. sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito;

c. sem a prévia concordância do Veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

SEÇÃO 7 - Propaganda Comparativa

Artigo 32

Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

SEÇÃO 8 - Segurança e Acidentes

Artigo 33

Este Código condena os anúncios que:

- a. manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada a mensagem;
- b. estimulem o uso perigoso do produto oferecido;
- c. deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto;
- d. deixem de mencionar a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial;
- e. deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais.

SEÇÃO 9 - Proteção da Intimidade

Artigo 34

Este Código condena a publicidade que:

- a. faça uso de imagens ou citações de pessoas vivas, a menos que tenha sido obtida a sua prévia e expressa autorização;
- b. ofenda as convicções religiosas e outras suscetibilidades daqueles que descendam ou sejam de qualquer outra forma relacionados com pessoas já falecidas cuja imagem ou referência figure no anúncio;
- c. revele desrespeito à dignidade da pessoa humana e à instituição da família;
- d. desrespeite a propriedade privada e seus limites.

Artigo 35

As normas acima não se aplicam:

- a. a fotografias de grandes grupos ou multidões em que os indivíduos possam ser reconhecidos mas não envolvam um contexto difamatório, ofensivo ou humilhante;
- b. à propaganda de livros, filmes, programas de Rádio e Televisão e atividades semelhantes em que as pessoas retratadas sejam autores ou participantes.

SEÇÃO 10 - Poluição e Ecologia

Artigo 36

Não podendo a publicidade ficar alheia às atuais e prementes preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com qualidade de vida e a proteção do meio ambiente, serão vigorosamente combatidos os anúncios que direta ou indiretamente estimulem:

- a. a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais;
- b. a poluição do ambiente urbano;
- c. a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais;
- d. a poluição visual dos campos e da cidade;
- e. a poluição sonora;
- f. o desperdício de recursos naturais.

SEÇÃO 11 - Crianças e Jovens

Artigo 37

No anúncio dirigido à criança e ao jovem:

- a. dar-se-á sempre atenção especial às características psicológicas da audiência-alvo;
- b. respeitar-se-á especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores;
- c. não se ofenderá moralmente o menor;
- d. não se admitirá que o anúncio torne implícita uma inferioridade do menor, caso este não consuma o produto oferecido;
- e. não se permitirá que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros ou o arraste a uma posição socialmente condenável;
- f. o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis;
- g. qualquer situação publicitária que envolva a presença de menores deve ter a segurança como primeira preocupação e as boas maneiras como segunda preocupação.

SEÇÃO 12 - Direito Autoral e Plágio

Artigo 38

Em toda a atividade publicitária serão respeitados os direitos autorais nela envolvidos, inclusive os dos intérpretes e os de reprodução.

Artigo 39

O anúncio não utilizará música de fundo, "vinhetas", ou trechos de composições de autores nacionais ou estrangeiros sem o devido respeito aos respectivos direitos autorais, a não ser no caso de músicas que sejam ou se tenham tornado de domínio público, de acordo com a legislação específica, respeitados os direitos de gravação.

Artigo 40

É condenado o uso desrespeitoso da música folclórica, dos folguedos e temas populares que constituem parte integrante do patrimônio cultural do país.

Artigo 41

Este Código protege a criatividade e a originalidade e condena o anúncio que tenha por base o plágio ou imitação, ressalvados os casos em que a imitação é comprovadamente um deliberado e evidente artifício criativo.

Artigo 42

Será igualmente condenado o anúncio que configure uma confusão proposital com qualquer peça de criação anterior.

Artigo 43

O anúncio não poderá infringir as marcas, apelos, conceitos e direitos de terceiros, mesmo aqueles empregados fora do país, reconhecidamente relacionados ou associados a outro Anunciante.

Parágrafo único

Este Código condena a publicidade que faça uso do símbolo oficial e do nome do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, exceto em anúncios da própria entidade.

CAPÍTULO III - CATEGORIAS ESPECIAIS DE ANÚNCIOS

Artigo 44

Pela sua importância econômica ou social, pelo seu volume, pelas suas repercussões no indivíduo ou na sociedade, determinadas categorias de anúncios devem estar sujeitas a cuidados especiais e regras específicas, além das normas gerais previstas neste Código. Essas regras específicas figuram mais adiante como "Anexos" a este Código e, alguns casos, resultaram de valiosa colaboração de Associações de Classe que prontamente se identificaram com o espírito do presente Código. São eles, pela ordem:

- Anexo A** - Bebidas Alcoólicas;
- Anexo B** - Educação, Cursos, Ensino;
- Anexo C** - Empregos e Oportunidades;
- Anexo D** - Imóveis: Venda e Aluguel;
- Anexo E** - Investimentos, Empréstimos e Mercado de Capitais;
- Anexo F** - Lojas e Varejo;
- Anexo G** - Médicos, Dentistas, Veterinários, Parteiras, Massagistas, Enfermeiros, Serviços Hospitalares, Paramédicos, Para-hospitalares, Produtos Protéticos e Tratamentos;
- Anexo H** - Produtos Alimentícios;
- Anexo I** - Produtos Farmacêuticos Isentos de Prescrição;
- Anexo J** - Produtos de Fumo;
- Anexo K** - Produtos Inibidores de Fumo;
- Anexo L** - Profissionais Liberais;
- Anexo M** - Reembolso Postal ou Vendas pelo Correio;
- Anexo N** - Turismo, Viagens, Excursões, Hotelaria;
- Anexo O** - Veículos Motorizados;
- Anexo P** - Vinhos e Cervejas;
- Anexo Q** - Testemunhais, Atestados, Endossos;
- Anexo R** - Defensivos Agrícolas;
- Anexo S** - Armas de Fogo.

Parágrafo único - Pretendendo ser este Código um instrumento dinâmico e permanentemente atualizado, essas categorias especiais poderão ser ampliadas mediante o acréscimo de novos Anexos.

CAPÍTULO IV - AS RESPONSABILIDADES

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:

- a. o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;

b. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código;

c. este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.

Poderá o veículo:

c.1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;

c.2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;

c.3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do Artigo 9º ("teaser");

c.4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;

d. o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra "c" deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de Agência, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios deste Código;

e. a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR.

Artigo 46 - Os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios.

Artigo 47 - A responsabilidade na observância das normas deste Código abrange o anúncio no seu conteúdo e forma totais, inclusive testemunhos e declarações ou apresentações visuais que tenham origem em outras fontes. O fato de o conteúdo ou forma serem originários, no todo ou em parte, de outras fontes, não desobriga da observância deste Código.

Artigo 48 - Um anúncio enganador não pode ser defendido com base no fato de o Anunciante, ou alguém agindo por ele, ter posteriormente fornecido ao Consumidor as informações corretas. O Anunciante terá, entretanto, "a priori", o crédito de boa-fé.

Artigo 49 - Nenhum Anunciante, Agência, Editor, proprietário ou agente de um veículo publicitário deve promover a publicação de qualquer anúncio que tenha sido reprovado pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, criado para o funcionamento deste Código.

CAPÍTULO V - INFRAÇÕES E PENALIDADES

Artigo 50 - Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades:

- a. advertência;
- b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
- c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;
- d. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

§ 1º - Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular.

§ 2º - Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe Anexos.

ANEXO 02

LEI Nº 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965

LEI Nº 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965

Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Definições

Art 1º São Publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.

Art 2º Consideram-se Agenciadores de Propaganda os profissionais que, vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.

Art 3º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica, ... VETADO ..., e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

Art 4º São veículos de divulgação, para os efeitos desta Lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários.

Art 5º Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.

CAPÍTULO II

Da Profissão de Publicitário

Art 6º A designação profissional de Publicitário será privativa dos que se enquadram nas disposições da presente Lei.

§ 1º Os auxiliares que, nas Agências de Propaganda e outras organizações de propaganda, não colaborarem, diretamente, no planejamento, execução, produção e distribuição da propaganda terão a designação profissional correspondente às suas funções específicas.

§ 2º Nos casos em que profissionais de outras categorias exerçam funções nas Agências de Propaganda, tais profissionais conservarão os privilégios que a Lei lhes concede em suas respectivas categorias profissionais.

§ 3º Para efeitos de recolhimento do Impôsto Sindical, os jornalistas registrados como redatores, revisores e desenhistas, que exerçam suas funções em Agências de Propaganda e outras emprêsas nas quais se execute propaganda, poderão optar entre o recolhimento para o sindicato de sua categoria profissional ou para o Sindicato dos Publicitários.

Art 7º A remuneração dos Publicitários não Agenciadores será baseada nas normas que regem os contratos comuns de trabalho, assegurando-se-lhes todos os benefícios de caráter social e previdenciário outorgados pelas Leis do Trabalho.

Art 8º O registro da profissão de Publicitário ficará instituído com a promulgação da presente Lei e tornar-se-á obrigatório no prazo de 120 (cento e vinte) dias para aqueles que já se encontrem no exercício da profissão.

Parágrafo único. Para o citado registro, o Serviço de Identificação Profissional do Ministério do Trabalho exigirá os seguintes documentos:

- a) 1 - diploma de uma escola ou curso de propaganda;
- 2 - ou atestado de freqüência, na qualidade de estudante;
- 3 - ou, ainda, atestado do empregador;
- b) carteira profissional e prova de pagamento do Impôsto Sindical, se já no exercício da profissão.

CAPÍTULO III

Da profissão de Agenciador de Propaganda

Art 9º O exercício da profissão de Agenciador de Propaganda sòmente será facultado aos que estiverem devidamente identificados e inscritos nos serviços de identificação profissional do Departamento Nacional do Trabalho ... VETADO ...

Art 10. Para o registro de que trata o artigo anterior, os interessados deverão apresentar:

- a) prova de exercício efetivo da profissão, durante, pelo menos, doze meses, na forma de Carteira Profissional anotada pelo empregador, ou prova de recebimento de remuneração pela propaganda encaminhada a veículos de divulgação, durante igual período;
- b) atestado de capacitação profissional, concedido por entidades de classe;
- c) prova de pagamento do Impôsto Sindical.

§ 1º Para os fins da comprovação exigida pela alínea *a* dêste artigo, será facultado aos Agenciadores de Propaganda ainda não registrada ... VETADO... encaminharem propaganda aos veículos, desde que comprovem sua filiação ao sindicato de classe.

§ 2º O sindicato da classe manterá um registro dos Agenciadores de Propaganda, a que se refere o parágrafo anterior, para o fim de lhes permitir o exercício preparatório da profissão sòmente no decurso de doze meses, improrrogáveis.

§ 3º O registro da profissão de Agenciador de Propaganda tornar-se-á obrigatório no prazo de 120 (certo e vinte) dias para aqueles que já se encontram no exercício dessa atividade.

CAPÍTULO IV

Das Comissões e Descontos devidos aos Agenciadores e às Agências de Propaganda

Art 11. A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

Parágrafo único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei.

Art 12. Não será permitido aos veículos de divulgação descontarem da remuneração dos Agenciadores de Propaganda, no todo ou em parte, os débitos não saldados por anunciantes, desde que sua propaganda tenha sido formal e previamente aceita pela direção comercial do veículo da divulgação.

Art 13. Os veículos de divulgação poderão manter a seu serviço Representantes (Contatos) junto a anunciantes e Agências de Propaganda, mediante remuneração fixa.

Parágrafo único. A função de Representantes (Contato) poderá ser exercida por Agenciador de Propaganda, sem prejuízo de pagamento de comissões, se assim convier às partes.

Art 14. Ficam assegurados aos Agenciadores de Propaganda, registrados em qualquer veículo de divulgação, todos os benefícios de caráter social e previdenciário outorgados pelas Leis do Trabalho.

CAPÍTULO V

Da fiscalização e Penalidades

Art 15. A fiscalização dos dispositivos desta Lei será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho, ... VETADO ... Delegacias... VETADO ... Regionais, assim como pelos sindicatos e associações de classe das categorias interessadas, que deverão representar às autoridades a respeito de quaisquer infrações.

Art 16. As infrações ao disposto nesta Lei serão punidas pelo órgão oficial fiscalizador com as seguintes penas, sem prejuízo das medidas judiciais adequadas e seus efeitos como de direito:

a) multa, nos casos de infração a qualquer dispositivo, a qual variará entre o valor da décima parte do salário-mínimo vigente na região e o máximo correspondente a dez vezes o mesmo salário-mínimo;

b) se a infração fôr a do parágrafo único do art. 11, serão multadas ambas as partes, à base de 10 (dez) a 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do negócio publicitário realizado.

Parágrafo único. Das penalidades aplicadas, caberá sempre recurso, no prazo de 10 (dez) dias, ... VETADO ...

CAPÍTULO VI

Disposições Gerais

Art 17. A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.

Art 18. ... VETADO ...

Art 19. ... VETADO ...

Art 20. A presente Lei, regulamentada pelo Ministério do Trabalho dentro de 30 (trinta) dias de sua publicação, entra em vigor na data dessa publicação.

Art 21. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 18 de junho de 1965; 144º da Independência e 77º da República

II. CASTELLO BRANCO

Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira

ANEXO 03

DECRETO Nº 57.690, DE 1 DE FEVEREIRO DE 1966.

DECRETO Nº 57.690, DE 1 DE FEVEREIRO DE 1966.

*Aprova o Regulamento para a execução da
Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 87, item I, da Constituição Federal,

DECRETA:

Art 1º Fica aprovado o regulamento a que se refere o art. 20, da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que a êste acompanha.

Art 2º Êste decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 1 de fevereiro de 1966; 145º da Independência e 78º da República.

H. CASTELLO BRANCO

Walter Peracchi Barcellos

REGULAMENTO PARA EXECUÇÃO DA LEI Nº 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965**CAPÍTULO I****Dos Publicitários**

Art 1º A profissão de Publicitário, criada pela Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e organizada na forma do presente Regulamento, compreende as atividades daquele que, em caráter regular e permanente, exercem funções artísticas e técnicas através das quais estuda-se, concebe-se, executa-se e distribui-se propaganda.

***Art 2º** Considera-se propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado.*

Art 3º As atividades previstas no Art. 1º dêste Regulamento, serão exercidas nas Agências de Propaganda, nos Veículos de Divulgação ou em qualquer empresa nas quais se produz a propaganda.

§ 1º os auxiliares que, nas Agências de Propagandas e noutras organizações congêneres, não colaborarem, diretamente, no planejamento, execução, produção e distribuição da propaganda, terão a designação profissional correspondente às suas funções específicas.

§ 2º os profissionais de outras categorias, que exerçam funções nas Agências de Propaganda, conservarão os privilégios que a Lei lhes concede, em suas respectivas categorias profissionais.

Art 4º Consideram-se atividades artísticas, para os efeitos dêste Regulamento, as que se relacionam com trabalhos gráficos, plásticos e outros, também de expressão estética, destinados a exaltar e difundir pela imagem, pela palavra ou pelo som, as qualidades e conveniências de uso ou de consumo das mercadorias, produtos e serviços a que visa a propaganda.

Art 5º São atividades técnicas, para os fins do presente Regulamento as que promovem a combinação harmoniosa dos conhecimentos científicos com os artísticos, tendo em vista dar à mensagem publicitária o máximo de rendimento e impacto.

SEÇÃO 1ª

Da Agência de Propaganda

Art 6º Agência de Propaganda é a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários, que, através, de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem.

Art 7º Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, observadas as Normas-Padrão recomendadas pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda.

Art 8º Consideram-se Clientes ou Anunciante a entidade ou indivíduo que utiliza a propaganda.

Art 9º Nas relações entre a Agência e o cliente serão observados os seguintes princípios básicos.

I - A Agência assegurará exclusividade ao Cliente, obrigando-se a não assumir encargo de propaganda de mercadoria, produto ou serviço concorrente, salvo por explícita concordância de seu Cliente.

II - A Agência não executará qualquer plano de propaganda, que represente despesa para o Cliente, sem que este lhe tenha dado sua prévia autorização.

III - A Agência obrigará-se a apresentar ao Cliente, nos primeiros dias de cada mês, uma demonstração dos dispêndios do mês anterior, acompanhada dos respectivos comprovantes, salvo atraso por parte dos Veículos de Divulgação, na sua remessa.

IV - O Cliente comprometer-se-á a liquidar à vista, ou no prazo máximo de trinta (30) dias, as notas de honorários e de despesas apresentadas pela Agência.

V - Para rescisão ou suspensão da propaganda, a parte interessada avisará a outra do seu propósito, com a antecedência mínima de sessenta (60) dias, sob pena de responder por perdas e danos, ficando o Cliente impedido de utilizar-se de quaisquer anúncios ou trabalhos criados pela Agência, e esta, por sua vez, proibida durante sessenta (60) dias, de aceitar propaganda de mercadoria, produto ou serviço semelhantes à rescindida ou suspensa.

VI - Sempre que trabalhos ou anúncios criados pela Agência, com aprovação do Cliente, não sejam utilizados ou fôrem cancelados, após curto período de divulgação, embora sem rescisão ou suspensão do contrato, caberá à Agência uma remuneração especial, a título de ressarcimento das despesas que efetuou.

VII - Para dirimir as dúvidas surgidas na fixação do valor de honorários, de reembolso de despesas e de indenizações por perdas e danos, poderão as partes instituir comissão de árbitros, a cargo de três profissionais, indicados de comum acordo, ou por associação de classe com exigência legal.

VIII - A idéia utilizada na propaganda é, presumidamente, da Agência, não podendo ser explorada por outrem, sem que aquela, pela exploração, receba a remuneração justa, ressalvado o disposto no art. 454, da Consolidação das Leis do Trabalho.

IX - Nenhum elemento de pesquisa ou estatístico poderá ser deturpado pela Agência ou apresentação de forma capciosa, e sempre que fôr utilizado como fator fundamental de persuasão, será mencionada a fonte de sua procedência.

SEÇÃO 2ª

Do Veículo de Divulgação

Art 10. Veículo de Divulgação, para os efeitos deste Regulamento, é qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou áudio-visual, capaz de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecido pelas entidades sindicais ou associações civis representativas de classe, legalmente registradas.

Art 11. O Veículo de Divulgação fixará, em Tabela, a comissão devida aos Agenciadores, bem como o desconto atribuído às Agências de Propaganda.

§ 1º Comissão é a retribuição, pelo Veículo de Divulgação, do trabalho profissional do Agenciador de Propaganda, sendo vedada sua transferência, mesmo parcial, para o anunciante.

§ 2º Desconto é o abatimento concedido pelo Veículo de Divulgação como estímulo à Agência de Propaganda, que dele não poderá utilizar-se para rebaixar os preços de tabela.

§ 3º Nenhuma Comissão ou desconto será concedido sobre a propaganda encaminhada diretamente ao Veículo de Divulgação, por qualquer pessoa física ou jurídica que não se classifique como Agenciador de Propaganda ou Agência, definidos no presente Regulamento.

Art 12. Ao Veículo de Divulgação não será permitido descontar da remuneração dos Agenciadores de Propaganda, mesmo parcialmente, os débitos não liquidados por Anunciantes, desde que a propaganda tenha sido formal e previamente aceita por sua direção comercial.

Art 13. O Veículo de Divulgação poderá manter a seu serviço Representantes ("Contatos") junto aos Anunciantes e Agências de Propagandas, mediante contrato de trabalho.

Parágrafo único. A função de Representante só poderá ser exercida por Agenciador de Propaganda, sem prejuízo do pagamento das comissões a este devidas, se assim convier às partes.

Art 14. O preço dos serviços prestados pelo Veículo de Divulgação será por este fixado em Tabela pública, aplicável a todos os compradores, em igualdade de condições, incumbindo ao Veículo respeitá-la e fazer com que seja respeitada por seus Representantes.

Art 15. O faturamento da divulgação será feito em nome do Anunciante, devendo o Veículo de Divulgação remetê-lo à Agência responsável pela propaganda.

Art 16. O Veículo de Divulgação ficará obrigado, perante o Anunciante, a divulgar a matéria autorizada, no espaço ou no tempo contratado, de acordo com as especificações estabelecidas, não podendo o Anunciante, em qualquer caso, pretender influir na liberdade de sua opinião editorial.

SEÇÃO 3ª

Da Ética Profissional

Art 17. A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o art. 17, da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965:

I - Não é permitido:

- a) publicar textos ou ilustrações que atendem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes;
- b) divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de Clientes-Anunciantes;
- c) reproduzir temas publicitários, axiomas, marcas, músicas, ilustrações, enredos de rádio, televisão e cinema, salvo consentimento prévio de seus proprietários ou autores;
- d) difamar concorrentes e depreciar seus méritos técnicos;
- e) atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços concorrentes;
- f) contratar propaganda em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal;
- g) utilizar pressão econômica, com o ânimo de influenciar os Veículos de Divulgação a alterarem tratamento, decisões e condições especiais para a propaganda;

II - É dever:

- a) fazer divulgar, somente acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados;

- b) atestar, apenas, procedências exatas e anunciar ou fazer anunciar preços e condições de pagamento verdadeiros;
- c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadoria;
- d) negar comissões ou quaisquer compensações a pessoas relacionadas, direta ou indiretamente, com o Cliente;
- f) envidar esforços para conseguir em benefício do Cliente, as melhores condições de eficiência e economia para sua propaganda;
- g) representar, perante a autoridade competente, contra os atos infringentes das disposições deste Regulamento.

SEÇÃO 4ª

Da Remuneração, do Registro da Profissão e do Recolhimento do Imposto Sindical

Art 18 Aplicam-se ao Publicitário as disposições da Legislação do Trabalho e da Previdência Social.

Art 19 Será obrigatório o registro da profissão de Publicitário, perante o Serviço de Identificação Profissional, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Parágrafo único - Serão exigidos, para o registro, os seguintes documentos:

- a) diploma ou atestado de frequência (na qualidade de estudante), expedido por estabelecimento que ministre o ensino da propaganda, ou atestado de habilitação profissional fornecido por empregador publicitário;
- b) carteira profissional e prova do pagamento do imposto sindical, se já no exercício da profissão.

Art 20. Para efeito de recolhimento do imposto sindical, os jornalistas registrados como redatores, revisores e desenhistas, que exerçam suas funções em Agências de Propaganda e outras empresas, nas quais executem propaganda, poderão optar pelo desconto para a entidade representativa de sua categoria profissional ou para a dos Publicitários.

CAPÍTULO II

Dos Agenciadores de Programa

Art 21. A profissão de Agenciador de Propaganda instituída pela Lei número 4.680, de 18 de junho de 1965, e disciplinada pelas disposições deste Regulamento, abrange a atividade dos que, vinculados aos Veículos de Divulgação, a eles encaminham propaganda, por conta de terceiros.

Art 22. O exercício da profissão de Agenciador de Propaganda é privativo dos que estiverem, nesta categoria, inscritos e identificados no Serviço de Identificação Profissional do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Art 23. São exigidos para o registro referido no artigo anterior:

- a) prova, através de anotação da carteira profissional do exercício efetivo da profissão, durante doze (12) meses, no mínimo, ou do recebimento, mediante documento hábil, de remuneração por agenciamento de propaganda, pelo mesmo período;
- b) atestado de capacidade profissional fornecido por associação ou entidade de classe;
- c) prova de pagamento do impôsto sindical.

Art 24. Estendem-se ao Agenciador de Propaganda, registrado em qualquer Veículo de Divulgação, todos os direitos e vantagem assegurados nas leis trabalhistas e previdenciárias.
Parágrafo único. Para os efeitos da legislação de previdência social, o Agente de Propaganda, sem subordinação empregatícia, será equiparado ao trabalhador autônomo.

CAPÍTULO III

Disposições Gerais

SEÇÃO 1ª

Da Fiscalização

Art 25. A fiscalização dos dispositivos da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e do presente Regulamento, será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho, pelas Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, e pelas entidades sindicais e associações civis de posta do órgão disciplinar competente interessadas, que deverão denunciar às autoridades competentes as infrações verificadas.

SEÇÃO 2ª

Das Penalidades

Art 26. As infrações ao disposto na Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e no presente Regulamento, serão punidas com as penalidades abaixo, pelo Diretor Geral do Departamento Nacional do Trabalho ou pelos Delegados Regionais do Trabalho e, se de natureza ética, em consonância com o art. 17 daquela Lei, por proposta do órgão disciplinar competente da associação de classe a que pertencer o infrator:

- a) multa, de um décimo do salário-mínimo vigente na região a dez vezes o seu valor;
- b) multa, de dez a cinquenta por cento do valor do negócio publicitário realizado, se a disposição violada fôr a do § 3º, do art. 11. deste Regulamento.

Art 27. A graduação da multa atenderá à natureza da infração e às condições sociais e econômicas do infrator.

Art 28. Nenhuma pena será imposta sem que seja assegurada ampla defesa ao acusado.

Art 29. Poderá o infrator recorrer, dentro em dez (10) dias, a partir da intimação ou da publicação, no órgão oficial, do ato punitivo, para o Ministro do Trabalho e Previdência Social, ou para o Diretor Geral do Departamento Nacional do Trabalho, se a decisão foi proferida, respectivamente, por este último, ou por Delegado Regional do Trabalho.

Art 30. O recurso, em qualquer caso, terá somente efeito devolutivo.

CAPÍTULO IV

Disposições Finais e Transitórias

Art 31. O registro dos Publicitários e Agenciadores de Propaganda, que já se encontrem no exercício de sua profissão, deverá ser obrigatoriamente efetuado, dentro em 120 dias, contados da data da publicação do presente Regulamento.

Art 32. Para os fins de comprovação do exercício profissional, a que se refere a alínea *a*, do art. 25 do presente Regulamento, aos Agenciadores de Propaganda ainda não registrados, será permitido encaminharem propaganda aos Veículos de Divulgação, pelo prazo improrrogável de doze (12) meses, contado da publicação deste Regulamento, desde que provem sua filiação à entidade de classe sindical representativa.

Parágrafo único. A entidade sindical manterá um registro especial para controle de estágio de doze (12) meses previsto neste artigo.

Art 33. O Ministério do Trabalho e Previdência Social elaborará e expedirá os modelos e instruções que se fizerem necessários à execução do presente Regulamento e dirimirá as dúvidas surgidas na sua aplicação.

Art 34. Este Regulamento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

WALTER PERACCHI BARCELLOS

ANEXO 04

JURISPRUDÊNCIA

SANTA CATARINA

Apelação Cível n. 97.010120-1, da Capital.

Relator: Desembargador Alcides Aguiar.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR - OFERTA DE PRODUTO VEICULADA EM JORNAL DE AMPLA CIRCULAÇÃO - ENTREGA DE PRODUTO DIVERSO DO ANUNCIADO - ALEGAÇÃO DE ERRO DE AGÊNCIA PUBLICITÁRIA QUE VEICULOU O PRODUTO (TROCA DE IMAGEM) - FOTOGRAFIA DE OUTRO MODELO - DEVER DE VIGILÂNCIA POR PARTE DO ANUNCIANTE - CÓDIGO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (ARTS. 30 E 35) - OBRIGAÇÃO DE ADIMPLIR O NEGÓCIO TAL COMO ANUNCIADO - ALTERNATIVA DO ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO, A TÍTULO DE PERDAS E DANOS - PROVIMENTO DO RECURSO.

É dever do anunciante entregar ao consumidor o produto nas exatas especificações do anúncio veiculado, pois detém o poder de vigilância do que é publicado em seu nome. Não satisfeita a obrigação a rigor, acode ao consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta, como se de compra e venda perfeita e acabada se tratasse. Se impossível a entrega do bem conforme fora anunciado, pela ausência de estoque ou não mais fabricado, pode o consumidor optar pelo recebimento da diferença entre o preço do bem ofertado e o daquele entregue, a título de perdas e danos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 97.010120-1, da comarca da Capital (1ª Vara), onde é apelante Eduardo Fialho Schaeffer, sendo apelada SEPROL Computadores e Sistemas Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Eduardo Fialho Schaeffer ajuizou ação especial de defesa de direitos do consumidor contra SEPROL Computadores e Sistemas Ltda., tendo em vista violação de seu direito de consumidor.

Alega que, em 29.9.94, foi veiculado no jornal Diário Catarinense, a oferta, e respectiva foto, publicadas pela ré de uma máquina fotocopadora. No dia seguinte dirigiu-se à sede comercial da ré com o anúncio do jornal para tratar da compra de duas máquinas; ficou acertado que o pedido seria entregue no prazo de cinco dias, sendo que o pagamento seria realizado em 7.10.94; quando da entrega do produto em seu domicílio, porém ao abrir as caixas, constatou não corresponder àquele que efetivamente havia comprado da empresa ré. Em procurando esta para refazer o negócio, recusou-se, enviando, ainda, duplicata para a cobrança do avençado. Diante daquela atitude desleal, não pagou a respectiva duplicata, posto que a própria empresa não cumprira com a oferta anunciada. Porque se considere vítima de propaganda enganosa e invocando a disposição do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, pugna pela condenação da ré a cumprir a obrigação inserta na oferta ou, alternativamente, na impossibilidade do cumprimento da obrigação, seja efetuado o proporcional abatimento de preço, porquanto o oferecido é de máquina distinta da entregue. A causa dá o valor de R\$ 4.722,88.

Contestando o feito, a ré aduziu que o autor não compareceu à sua sede munido do referido anúncio; que solicitou tão-somente a máquina modelo DC 1415; que a vendedora do

produto solicitou que o autor analisasse a máquina e seu funcionamento, sendo que este recusou-se a fazê-lo; que o publicitário responsável pelos anúncios da contestante trocou as fotos da referida máquina, colocando em seu lugar uma máquina não mais comercializada; que o equívoco só foi notado após a veiculação do anúncio, em razão do que este foi retificado, afastando-se então sua má-fé ou dolo; que em processo administrativo iniciado no PROCON, aquele órgão entendeu que realmente houve engano no anúncio veiculado e que o reclamante quis usufruir da falha da requerida para obter vantagem ilícita, ou seja, usou de má-fé, tanto que não quis ver nem testar a máquina que comprava, atitude estranha para um consumidor em potencial.

Considera a final haver impossibilidade quanto ao pedido de entrega da máquina veiculada na foto, pois este equipamento não é mais fabricado. Repele também o pretendido abatimento de preço, pois o preço anunciado se referiu ao modelo DC 1415 e não ao modelo da foto, ainda porque o preço veiculado é promocional.

Por último impugna a assistência judiciária requerida pelo autor, pois se este possui condição de comprar duas máquinas pela quantia de R\$ 4.722,88, não se pode considerá-lo em estado de pobreza.

Na réplica, rebateu o autor as alegações da ré.

O Ministério Público manifestou-se pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, por isso que não ocorreu a propaganda enganosa, o produto foi devolvido, não houve pagamento do preço e a propaganda resultou corrigida.

Sentenciando, a Magistrada julgou improcedente a demanda.

Irresignado, apelou o autor reafirmando as alegações acostadas à exordial, salientando, ainda, que a oferta anunciada obriga o anunciante, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor; que a apelada utilizou propaganda dita promocional, atraindo o consumidor para seu estabelecimento e induzindo-o a realizar um negócio que aparentemente era o que estava procurando; que a retificação do anúncio só produz efeitos a futuros consumidores e não a si; que a apelada não pode isentar-se de sua responsabilidade, alegando falha na veiculação do anúncio; que não há garantias de que não exista mais a máquina desejada, porque pode existir em estoque. Por último, afirma que teve cerceado seu direito de defesa, pois a Dra. Juíza de Direito sentenciou sem oportunizar a colheita de prova testemunhal requerida pelo autor para a ideal solução da lide, ou seja, se foi ou não na loja munido do anúncio, se adquiriu o produto da foto, etc.

Apresentadas as contra-razões, com reiterando o afirmado na resposta de que se o autor tivesse exibido o anúncio, que não fez, à vendedora, esta o teria alertado acerca do equívoco da divulgação, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do Dr. Raulino Jacó Brüning, apresentou parecer opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Conquanto ambas as partes tenham requerido a produção de prova oral - depoimentos pessoais e testemunhais, na inicial, contestação, e, ainda o autor por ocasião da oportunidade para a especificação probatória, a Magistrada decidiu antecipadamente a lide, alicerçada no que prescreve o art. 330, I, do CPC.

E, com efeito, prescinde a solução da controvérsia da colheita de depoimentos, dê-se que, como ver-se-á, a seguir, e a sentença nesse ponto não merece censura, as partes

"celebraram um contrato de compra e venda de duas máquinas fotocopadoras modelo DC 1415 e o preço não foi pago. Estes são fatos incontroversos". Com razão ainda o *decisum* quando anota ter o Dr. Promotor de Justiça se equivocado ao afirmar que as máquinas foram devolvidas, o que não foi ventilado, nem comprovado, pelas partes".

Ainda com razão ressalta a sentença que "o ponto chave para o deslinde da presente questão é se, nasce para a ré, ao publicar uma foto de uma máquina, não mais comercializada, com informações de outra, uma responsabilidade por ato contra o consumidor".

Também sem reparo a decisão ao sublinhar:

"A ré, pelo que apurado nos autos, publicou um anúncio, em 29.9.94, ofertando uma máquina copiadora Mita DC 1415", pelo preço de R\$ 2.361,44, lançando, junto ao anúncio, uma fotografia que não correspondia àquele modelo e marca."

Também sem reproche a assertiva da sentença de que o autor compareceu ao Procon, em 5.9.94, ofertando reclamação e que nos dias 4.10.94 e 6.10.94, a ré providenciou nova publicação, "desta feita com a correta fotografia da máquina copiadora".

O ônus da prova na controvérsia judicial em torno da relação de consumo concerne sobretudo ao vendedor ou anunciante do produto ou serviços. Bastante é haver colocado o produto à venda para que responda pela perfectibilidade dos negócios daí advindos, pois ao consumidor basta comprovar o prejuízo e o nexo causal.

Na ensinança de Antonio Herman de Vasconcellos e Bejamim, coordenador Juarez de Oliveira, na obra "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", ed., Saraiva, 1991:

"O Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta. Por isso mesmo prevê algumas excludentes, em *numerus clausus*: a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (art. 12, § 3º). Em todas essas hipóteses de exoneração o ônus da prova é do responsável legal, de vez que o dispositivo afirma que ele "só não será responsabilizado quando provar tais causas (art. 12, § 3º)" (obra citada, pág. 65).

(...) É até supérfluo dizer que inexiste responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado. Nega-se, aí, o nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor.

E mais adiante:

"...nos termos da lei brasileira, o consumidor, em ação de responsabilidade civil por acidente de consumo, tem que provar apenas o seu dano e o nexo causal entre este e o produto ou serviço que adquiriu. Cabe, ao responsável legal, em seguida, estabelecer que o dano, embora causado pelo produto ou serviço, não o foi em função de um defeito, ou, ainda, que para o dano, apesar de provocado pelo bem, não contribuiu qualquer ação ou omissão sua" (pág. 65/66).

Em torno ainda do ônus da prova, aduz Ulderico Pires dos Santos, in "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", pág. 47:

"A sua proteção se torna tanto mais importante quando inverte o ônus da prova, isto é, impõe ao fornecedor a obrigação de contra provar as alegações do consumidor, a menos

que a sua versão seja manifestamente inverossímil, fantasiosa ou desprovida de credibilidade *prima facie*" (fls. 47).

No magistério de Carlos Barbosa Moreira:

"Uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor reside na possibilidade, prevista em seu artigo 6º, VIII, de o Juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova, a favor do destinatário final de bens e serviços, quando "for verossímil a alegação" ou quando se tratar de consumidor "hipossuficiente". E mais adiante.

"...permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus de provar determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato - apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor - não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a inserção de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de novo ônus probatório, que se acrescenta aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do CPC" ("Direito do Consumidor", vol. 22, pág. 135/136).

No caso concreto, tudo está a indicar que o autor esteve na loja da ré munido do anúncio, pois este é que o incentivara à realização do negócio já porque veiculado com "preços imbatíveis". Mas mesmo que não tivesse exibido no ato o anúncio, é indubitável que sua presença na loja da vendedora para aquisição da máquina modelo DC-1415, deveu-se à promoção anunciada pela ré no caderno "DC Classificados" (fls. 12).

Portanto, em se transferindo para a ré, eis que verossímil o relato do autor, o ônus de provar o contrário do afirmado na inicial, incogitável na espécie ter ocorrido o alegado cerceamento de defesa.

Onde não pode prosperar o julgamento de Primeiro Grau é quando assinala *verbis*:

"Segundo as normas de consumo, vigentes no direito pátrio, o manifesto equívoco no anúncio, com a retificação no mesmo jornal em que foi publicado o anúncio primeiro, retira qualquer responsabilidade do fornecedor, conforme já destacado, para as partes, pelo Procon, nos autos da reclamação extrajudicial".

Considera a ilustre sentenciante que a defesa do consumidor não pode ser excessivamente paternalista, olvidando, como no caso, "meros erros humanos", ou seja, afastou a possível má-fé da vendedora e por conseguinte a existência de propaganda enganosa ou abusiva prevista no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, sem o qual não se há falar em responsabilidade do fornecedor. E conclui - que a única solução era a devolução pelo autor do produto, e, se não o fez, válido se manteve o liame contratual.

A decisão, portanto, não considerou os efeitos do anúncio equivocado e enquanto perdurou, desprezando a hipótese no caso de culpa da vendedora e da responsabilidade ainda assim daí decorrente.

Preconiza o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor:

"Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados,

obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado".

Por outro lado ao tratar dos "efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor", Adalberto Pasqualotto, na obra sob o título supra, ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 52, leciona:

"Reconhecer-se à publicidade a natureza de oferta - ou proposta, na concepção do Código Civil - implica atribuir-lhe feição contratualista. O art. 1.080, CCB, insere-se no capítulo das disposições gerais sobre contratos. E nessa suposição não há coincidência de opinião com os que vêm na publicidade declaração unilateral ou, mais amplamente, negócio jurídico unilateral, posto ser o contrato negócio jurídico bilateral". Mais adiante, ao cuidar da obrigatoriedade da oferta, acrescenta:

"O efeito fundamental da oferta é a obrigatoriedade do seu cumprimento. Conforme o art. 30, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa (...), obriga o fornecedor, que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado" (pág. 100). Refere ato contínuo:

"Na lei brasileira, o elemento de precisão (publicidade suficientemente precisa), além da medida do conteúdo fático da mensagem, a ser contrastado com o princípio da veracidade, é, para o plano dos efeitos, elemento típico do ato publicitário. Quando esse elemento integra-se, há fato jurídico, apto a formar vínculo obrigacional" (pág. 101). Vale dizer:

"Em termos gerais e no plano dos efeitos, a oferta, no Código do Consumidor, equivale à proposta no Código Civil (art. 1.080). Ambas igualmente obrigam. Mas a gênese é diferente. No Código Civil, há negócio jurídico desde quando a proposta é feita. Atua a vontade. No Código do Consumidor, a oferta é comportamento típico, fato jurídico bastante, por si só, para gerar o mesmo efeito dos atos negociais. É fonte de obrigação autônoma. Além disso, como aponta Nelson Nery Júnior, há outra diferença fundamental entre a oferta do CDC e a proposta do CCB: a recusa de dar cumprimento a proposta resolve-se em perdas e danos; nas relações de consumo, porém, cabe a execução forçada da obrigação".

E ressalta:

"A prática publicitária já vinha admitindo esse efeito vinculativo da oferta: "Antes de divulgar uma promoção, o anunciante deve certificar-se da possibilidade de cumprir todas as suas ofertas. "Não existe justificativa para o anúncio apregoar produto que o anunciante ainda não possui em seu estoque" (pág. 102).

Mais adiante assinala que "o cumprimento da obrigação varia conforme o objeto da prestação (dar, fazer, não fazer). Provavelmente, a maior parte das obrigações derivadas de relações de consumo são positivas; dar em relação aos produtos e fazer em relação aos serviços". (...) "nas obrigações de dar, o devedor compromete-se a entregar alguma coisa ao credor, por exemplo, um aparelho eletrodoméstico, anunciado pelo fornecedor através de anúncio publicitário e que o consumidor deseja adquirir, conforme os termos do anúncio (oferta)".

Para Ulderico Pires dos Santos acerca da oferta em sua obra já citada, pág. 84:

"Veiculada publicitariamente a mensagem dando relevo às suas particularidades, características, excelência, vantagem ou proveito, ela integra o ajuste porque, o que vale, no

caso, é a boa-fé do consumidor ao aceitá-la como sincera, leal, sem disfarce ou malícia". E mais adiante:

"Naturalmente que, para a comunicação publicitária influir no ânimo do consumidor, é necessário que ela, por si só, seja capaz de incutir no mesmo a vantagem que terá em adquiri-lo, persuadindo-o a consentir seduzido com promessas falazes".

No magistério de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James J. Marins de Souza, *in* "Código do Consumidor Comentado e legislação correlata", ed. Revista dos Tribunais, ed. 1991, pág. 87:

"O Código do Consumidor, encampou a obrigatoriedade da proposta, e a inviabilidade de arrependimento. Impõe-se, como regra geral, pois, ao fornecedor o dever de cumpri-la, tal como já tivesse sido concluído o contrato com o consumidor. Disso resulta poder este último exigir o cumprimento forçado à oferta, como se de compra e venda perfeita e acabada se tratasse."

E enfatiza o renomado Carlos Alberto Bittar:

"O texto publicitário e as imagens correspondentes devem retratar fielmente a realidade, sob pena de submeter-se ao amplo sancionamento administrativo, civil e penal previsto, destinado a conferir à publicidade o rigor que o respeito aos valores citados impõe. A rigoroso controle interno devem, pois, passar todas as mensagens publicitárias, com a vigência do Código, cumprindo às produtoras e às agências acerrar-se, para tanto, de assessoramento especializado" (*In* "Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor", Forense Universitária, pág. 54).

Arreda-se também e por conseguinte a culpa invocada pela ré como causa escusável de responsabilidade.

Adalberto Pasqualotto na obra já referida "Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade", ed. RT, pág. 112/113, trata com propriedade do assunto:

"O caminho é tortuoso para o anunciante. A publicidade é elaborada unilateralmente por ele, sem qualquer participação de quem quer que seja, a não ser dos seus colaboradores específicos, como a agência de publicidade e os produtores gráficos e audiovisuais. Há completo e cuidadoso controle do conteúdo do anúncio visando à eficácia da sua função persuasiva. É dever elementar de diligência a verificação da adequação do conteúdo do anúncio à vontade do anunciante.

"...não é concebível que ninguém tenha examinado a prova do fotolito, que é a amostragem fiel do anúncio, tal como ele será veiculado no jornal. O anunciante tem o dever de fazê-lo ou a agência de publicidade, que atua como seu preposto. O mesmo sucede com publicidade em qualquer outro veículo.

"Esse dever emerge do princípio de boa-fé, no sentido ético e objetivo, flagrantemente desatendido pelo anunciante descuidado, que deixa de revisar o anúncio que fará publicar no jornal do dia seguinte. É dele socialmente exigível a diligência de velar pela autenticidade do conteúdo de suas mensagens publicitárias, sob pena de não se lhes emprestar seriedade ou se presumirem enganosas" (Grifo inexistente no original).

"O próprio CONAR tem precedentes no sentido da inescusabilidade desse (mal) alegado 'erro': 'A alegação de erro formal não escusa os seus responsáveis, que deverão, em

futura publicidade, dispensar maior cuidado na sua elaboração e revisão, notadamente no que tange às indicações de preços" (grifei).

Bem salienta ainda Adalberto Pasqualotto, ob. cit. pág. 66:

"Por derradeiro, a culpa exclusiva da vítima (e não a concorrente), assim como a de terceiro, elide a responsabilidade."

Mesmo que ao autor fosse carreada parcela de culpa no insucesso, do negócio v. g., por não haver examinado o bem no ato da compra, ainda assim não pode a vendedora se furtar ao cumprimento da avença posto que prevalente foi sua atuação no mal sucedido contrato.

No concernente à forma de reparabilidade em face à recusa pelo vendedor do cumprimento da oferta, o art. 35 do CDC é expresso:

"Art. 35: Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

"I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

"II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

"III - rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos."

Na obra já citada observa Adalberto Pasqualotto no título "Incumprimento", *verbis*:

"Segundo o art. 35 CDC, se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, o consumidor terá três alternativas: I - Exigir o seu cumprimento forçado; II - aceitar outro produto ou serviço equivalente; e III - rescindir o contrato, com a devolução atualizada do que pagou com direito a perdas e danos. As situações contempladas nos incisos são distintas entre si, apesar de o *caput* equipará-las à recusa de cumprimento."

Em torno da "recusa injustificável" obtempera:

"A recusa pode ser motivada ou não. Na primeira hipótese, pode decorrer de mensagem enganosa. Na segunda, de alegação de erro, a ser examinado adiante. Em qualquer situação de recusa, a lei outorga ao consumidor pretensão ao cumprimento" (pág. 105).

Acerca ainda do descumprimento da obrigação e a forma de exigir a reparação, Jonathas Milhomens e Geraldo Magela Alves, in "Manual do Direito do Consumidor", Forense, RJ, 1994, págs. 72/73:

"Considerando-se, outrossim, que a oferta é incondicional e ilimitada, a recusa ao seu cumprimento, sem motivo justificado (carência de estoque ou dificuldade costumeira), caracteriza o abuso na relação de consumo, sujeitando o inadimplente (fornecedor) a facultar ao consumidor o exercício de uma das alternativas do art. 35: a) cumprimento obrigatório da obrigação; b) substituição da prestação, ou c) rescisão do contrato." E enfatiza:

"É a consagração, na lei do consumo da teoria do risco profissional, responsabilizando objetivamente o fornecedor, que não pode escusar-se da obrigação aventando hipóteses da privatística."

Ato contínuo anotam:

"O consumidor não precisa comprovar o prejuízo, basta-lhe tão-somente alegar o inadimplemento, a falta do produto ou do serviço no mercado, contrariando a oferta."

De respeito ainda ao incumprimento e alternativas que se oferecem ao credor, prelecionam:

"Na relação de consumo ocorre algo diverso, atuando a lei especificamente no sentido de obrigar o fornecedor a cumprir a obrigação, de acordo com a oferta, quer prestando o serviço quer entregando o produto."

"Aceitação de outro produto ou serviço equivalente. Pode o consumidor, entretanto, não exigindo o cumprimento rigoroso da obrigação, ou não querendo rescindir o contrato, por insatisfatório ambos ao seu objetivo final, que é a realização do serviço ou a aquisição do produto, optar por prestação equivalente, mais ou menos valiosa."

"Rescisão do contrato. Caso o consumidor opte pela alternativa do inc. III, terá direito à devolução da quantia que desembolsou, devidamente atualizada, mais perdas e danos, a título de indenização pelo inadimplemento da obrigação" (pág. 73).

No escólio de Ulderico Pires dos Santos, *in* "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", Paumape, pág. 90, em torno da oferta e o seu cumprimento de acordo com sua apresentação ou publicidade, pondera:

"Se a não cumprir o fornecedor, o consumidor poderá exigir-lhe, coercitivamente, que cumpra a obrigação nos termos da oferta, da publicidade ou da apresentação feita a respeito.

"Quer dizer: se a fez constar de publicações recentes, terá de fornecer o produto pelo preço e condições nela inseridas, com as qualidades e características anunciadas, isto é, tornada conhecida mediante publicação pela imprensa escrita, falada ou televisada, em cartazes (*outdoors*) e até mesmo em folhetos distribuídos ao público, não sendo lícito ao fornecedor cobrar preço superior ao divulgado e nem oferecer produto diferente em seu lugar, salvo se o consumidor se puser de acordo" (grifei).

Anota em seguida:

"Obviamente, o consumidor só poderá exigir do fornecedor que respeite a oferta se a aceitar logo depois de feita ou enquanto ela continuar sendo veiculada."

O autor na inicial postulou a entrega da máquina fotocopidora descrita na fotografia publicada no anúncio ou, na impossibilidade do cumprimento dessa forma, que seja efetuado o proporcional abatimento do preço, porquanto aquele ofertado é de máquina distinta da entregue.

A ré-apelada utilizando a declaração de fls. 23 da empresa Brasil Eletrônica, afirma não mais existir em estoque a máquina copiadora retratada no anúncio e que pelo documento corresponderia ao modelo Mita DC-4555. Todavia a declaração afirma apenas que a máquina pela citada firma comercializada "foi descontinuada desde outubro/93" e o modelo que a substituiu foi a Mita DC-4655. Não está afastada, pois, de toda a hipótese de existir a máquina em estoque na citada empresa ou em outra, enquanto não esclarece os autos tampouco se sua

fabricação prossegue. Só na hipótese da inexistência real desse modelo é que caberia ao autor optar por outro produto equivalente (inc. II, art. 35, CDC).

Dessa hipótese, entretanto, não cuidou a pretensão inicial, pugnando o autor pelo abatimento proporcional do preço, ou seja, pelo direito ao recebimento em dinheiro do bem ofertado, abatido daquele realmente entregue. O negócio, pois, manter-se-ia válido, mediante compensação a título de verdadeiras perdas e danos.

Ainda que não se apresentando explícito o pedido quanto a perdas e danos, o abatimento de preço pleiteado deve ser assim entendido, com aplicando-se a norma correspondente - última parte do inciso III, do art. 35, do CDC (*Jura novit curia*).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para, em julgando-se procedente a ação, condenar a ré a entregar ao autor, no prazo assinado, a copiadora modelo Mita DC-4555 - documento de fls. 23 e anunciado no jornal "DC" de 29.4.94 - fls. 12. Em sendo isto impossível - por comprovado a falta de estoque ou não mais fabricado -, a Ré indenizará o Autor mediante o pagamento da diferença entre o preço do bem ofertado e o daquele entregue, atualizados, e com juros legais, desde a citação, operando-se a compensação, posto que o autor não chegou a adimplir a contraprestação, tudo apurado em liquidação de sentença. As custas e a verba honorária, esta na base de 10% sobre o valor dado à causa e a favor do autor, às expensas da ré.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1998.

Alcides Aguiar

RELATOR

Apelação cível n. 97.009259-8, da Capital.

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - RECHAÇADA - PUBLICIDADE ENGANOSA - INTELIGÊNCIA DO ART. 37 DA LEI N. 8.078/90 - ATO DECISÓRIO COMPOSITIVO DA LIDE CONFIRMADO - APELO INACOLHIDO.

"A veiculação de propaganda enganosa, capaz de ocasionar danos à sociedade, autoriza o órgão ministerial a ajuizar ação civil pública, por envolver interesses difusos e coletivos resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor, não se tratando, pois, de hipóteses de interesses afetos a determinados grupos de pessoas" (TAMG, 4ª CCv, Acv 192.400-7-Capital. Juiz Ferreira Esteves, j. 7.6.95). A oferta publicitária deve ser clara e precisa, evitando a possibilidade de induzir o consumidor a equívoco. Não se mostra como tal, aquela que divulga garantia ampliada, enquanto pequeno asterisco, com letras em tamanho limitado, reduz o fato divulgado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 97.009259-8, da comarca da Capital (2ª Vara/Reg. Públ.), em que é apelante Semp Toshiba Amazonas S/A, sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, atender, em parte, o pleito recursal, a fim de ser observado na liquidação o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor.

Sem custas (art. 18 da Lei n. 7.347/85).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através da Coordenadoria de Defesa do Consumidor, deflagrou ação civil pública em face de Semp Toshiba Amazonas S/A alegando, em síntese, que dois consumidores adquiriram aparelhos de televisão de sua fabricação com garantia de cinco anos, ofertada através de ampla campanha publicitária, quando foram surpreendidos posteriormente de que aquela divulgada como de cinco anos se referia à garantia normal de um ano, mais garantia complementar de quatro anos, a qual não compreendia todos os componentes do sistema.

Aduziu que, por intermédio da mídia, a empresa deixou claro por inúmeras vezes de que "só a Semp Toshiba dá 5 anos de garantia", expressão esta bem visível. Verifica-se, ademais, que após a palavra garantia encontra-se um asterisco reportando-se à parte inferior do anúncio que - em letras diminutas - informa "garantia normal, mais garantia complementar especificada em folheto".

Por sua vez, esta publicação, que é fornecido ao adquirente de produtos dessa marca, traz em letras destacadas "5 anos de garantia* compre já seu Semp Toshiba e garanta 5 anos de garantia em toda a linha de televisores e garantia em dobro em áudio e vídeo*" (fl. 26) Novamente em letras pequenas constata-se: "* garantia normal, mais garantia complementar especificada em folheto". Somente dentro do folheto é que se percebe que se refere a um ano de garantia normal, mais quatro anos de garantia complementar.

Requeru a concessão de medida liminar, a fim de que fosse satisfeita a sua oferta publicitária, qual seja, de 5 anos de garantia normal em sua linha de televisores e garantia em dobro em áudio e vídeo, mais garantia complementar especificada no folheto.

Clamou a procedência do pedido formulado na ação.

Juntou documentos (fls. 10 *usque* 33)

Deferida a liminar (fl. 2), aquela contestou, destacando carência de ação no que se refere aos televisores, por ilegitimidade *ad causam* e, ainda, falta de interesse processual no tocante aos aparelhos de áudio e videocassetes.

Clamou a procedência do requerido, inclusive no tocante ao mérito.

Anexou documentos (fls. 63/154).

A prestação jurisdicional é positiva (fls. 191 *usque* 208).

Irresignado, apelou o vencido reiterando os argumentos anteriores (fls. 209/219).

A resposta pugna a confirmação *in totum* da respeitável sentença guerreada (fls. 226/239).

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Antônio César Pinto Costa, opinou a favor da manutenção do ato combatido (fls. 244/258).

É a síntese do essencial.

Urge, de imediato, rechaçar a prefacial de ilegitimidade ativa pois, *ex vi* do art. 129, III, da *Lex Matter*, são funções institucionais do *parquet* "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (no original não há grifo).

"Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (RE 190.976-5/SP, Min. Ilmar Galvão)

Mauro Cappelletti preconizava, em 1975, que "os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos", defendendo o surgimento de "tipos novos de tutela, não confiados exclusivamente ao interesse material e ao capricho da iniciativa individual" (Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil).

A Magna Carta confere relevo ao Ministério Público como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art.127).

Por sua vez, necessário enfatizar que o Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/90 - estabelece normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social. As normas insculpidas para a defesa do consumidor possuem natureza cogente, ou seja, são de ordem pública, são de ordem superior.

Para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores é legitimado o Ministério Público (art. 82, I, do CDC).

As ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor regem-se pelas disposições da Lei n. 7.347/85" (Ação civil pública).

Mais uma vez, no art. 5º da Lei n. 7347, vislumbra-se que tanto a Ação Civil Pública como a sua cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público.

"A legitimidade do Ministério para agir como autor da Ação Civil Pública é ponto luminoso no cenáculo constitucional das suas atividades, com expressa previsão (arts. 127 e 129, III, da CF - LC 75/93, art. 6º, art. 5º, Lei 7.347/85)" (REsp. 28.715-0-SP, Min. Milton Luiz Pereira).

Igual destino merece a suscitada falta de interesse de agir, que no ensinamento do ilustre Promotor Paulo de Tarso Brandão, extraído da respeitável sentença, "é um interesse secundário, instrumental, de natureza processual, que não se confunde com o interesse de direito material, que diz respeito ao bem jurídico pretendido pelo autor. O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão".

O Código de Defesa do Consumidor, através de seus princípios, visa a equilibrar as partes envolvidas na relação de consumo, haja vista a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Ele trata de modo desigual os desiguais.

Ex vi do art. 6º, IV do CDC, são direitos básicos do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos e desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Ao consumidor deve ser transmitida informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade e preço.

Com relação à prática publicitária, esta deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

O art. 37 daquele cânone veda qualquer publicidade enganosa ou abusiva, sendo que qualifica aquela como "qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços".

Aquela vicia a vontade do consumidor, que iludido, acaba adquirindo produto ou serviço em desconformidade com o planejado. O consumidor é induzido em erro, através de publicidade que manipula a sua escolha.

É o que aconteceu na hipótese *sub judice*. A irresignada através de ampla e farta campanha publicitária, por intermédio da mídia, divulgou claramente que só ela dava 5 (cinco) anos de garantia em toda a sua linha de televisores, e garantia em dobro em áudio e vídeo. Um pequeno asterisco após a palavra garantia informava, em letras de tamanho limitado, que se tratava de garantia normal, mais garantia complementar especificada em folheto. Neste é que o consumidor tomava ciência, que a aludida garantia de 5 anos - "a única do mercado" - nada mais era do que garantia normal de um ano e complementar de quatro anos, que não se responsabilizava por todo os componentes do sistema.

Deve-se levar em conta que o consumidor, na dúvida entre dois aparelhos, levará o que possui maiores vantagens e benefícios, tal como uma garantia maior. Inúmeros consumidores optaram em comprar aparelhos da Semp Toshiba, não só por questões de qualidade, mas por dar a requerida a maior garantia do mercado.

Colhe-se do parecer, emitido por um consultor de comunicação e *marketing*, encomendado pela inconformada: "Não se pode afirmar que a comunicação tenha sido claríssima. Nem, muito menos, que tenha sido obscura. Foi portanto, bem sucedida. Deu o recado. Fez o diferencial da anunciante, em relação a toda concorrência, tornar-se conhecido" (fl. 185).

Aplausos merece o art. 31 do CDC, tolhedor de abusos, que expressa que a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades,..., garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A oferta publicitária na espécie, não foi clara e precisa o suficiente, podendo facilmente ser capaz de induzir os consumidores em erro.

Da jurisprudência colhe-se: "A veiculação de propaganda enganosa, capaz de ocasionar danos à sociedade, autoriza o órgão ministerial a ajuizar ação civil pública, por envolver interesses difusos e coletivos resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor, não se tratando, pois, de hipóteses de interesses afetos a determinados grupos de pessoas" (TAMG, 4ª CCv, Acv 192.400-7-Capital. Juiz Ferreira Esteves, j. 7.6.95).

No mesmo diapasão, "a veiculação de propaganda enganosa com indicações imprecisas sobre as ofertas promocionais configura publicidade enganosa, de que trata o art. 37 da Lei n. 8.078/90, porquanto capaz de induzir em erro o consumidor, prática que pode ser coibida pelo manejo de ação civil pública (TAMG, Acv 150.436-7-BH, 7ª CCv, Juiz Quintino do Prado, j. 22.4.93).

Ante o exposto, atende-se, em parte, o pleito recursal, a fim de ser observado na liquidação o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio César Pinto Costa.

Florianópolis, 19 de outubro de 2000.

Francisco Oliveira Filho

PRESIDENTE E RELATOR